A' Margem do Direito

(Ensaio de Psychologia Jurídica)

PONTES DE MIRANDA

A' Margem do Direito

(Ensaio de Psychologia Jurídica)

1º MILHEIRO

FRANCISCO ALVES & Cia
RIO DE JANEIRO
166, RUA DO OUVIDOR, 166
S. PAULO
05, RDA DE S. BENTO, 65
BELLO HORIZONTE
1055, RUA DA BAHIA, 1055

AILLAUD, ALVES & Cia
PARIS
96, BOULEVARD MONTARNASSE, 96
(LIVRARIA AILLAUD)
LISBOA
73, RUA GARRETT, 75
(LIVRARIA BERTRAND)

1912

A MEUS
PAES

ADVERTENCIA

Era intuito meu, desde algum tempo, escrever este ensaio de psychologia jurídica, que não deixa de ser, de certo modo, uma theoria basilar do Di-reito. E' o de que me desempenho agora, lançando á literatura jurídica um subsidio desvalioso, pallido, sem grandes luzes, mas talvez util, mercê dos methodos psychologicos que empreguei e de al-gumas ideas novas que mui de gosto exparzi. Valham-me ao menos, de antemão, o apoio que tiveram, aqui e ali, de espíritos notaveis em nosso paiz, homens de pôlpa em assumptos juridicos, e a persuasão intima de que as observações existen-tes quadram bem com as ultimas conquistas de psychologia experimental, que ha alguns annos assás me preoccupa. Não me furtei a experien-cias, nem a exames detidos, antes os attentei com prazer, sem desfitar os olhos do conselho de um velho escriptor, padrão de boa e san linguagem :

O que não experimentares,
Não cuides que o sabes bem.

PONTES DE MIRANDA

Idéas propedeuticas

Idéas propedeuticas

A's mais das vezes, á imaginação que devaneia, afogada em fantasia, ou perscruta e reflecte, enthezoirando experiencias, surgem, bafejados por impulsos potentes, emergindo, ou repontando, no desordenado, em que se espelham, do ambiente das coisas, os problemas ou os pequenos scenarios que nos impressionam, a mercê de um determinismo psychologico, notado á primeira observação, tão fecundo e assas intenso, que vacilamos a porfia, ante o termo com que o possamos inculcar : o determinismo, em sua inteireza, debuxando, na escolha, a enscenação do assumpto... O facto, cujo exame por agora se me não commctte, acode muitas vezes, com ser vulgar, a quantos obreiros intel-lectuaes, esthetas ou críticos, que sejam, pensadores ou, em geral, a quantos artistas transvasem, a copiar fórmas e contornos fluc-tuantes, no bloco aspero e bruto, a essencia

de um temperamento. Esses scenarios, que de fonte abundosa se colhem e se desen-trelaçam, ou problemas insulados, á cuja so-lução meditada ou desenrolar de lanços fan-tasiosos nos propomos, por construir scenas e idéas novas, nascem, radicados em nosso espirito, apercebidos dos traços denunciadores (se nos apraz inquinal-os) de um fata-lismo minaz e inconsciente: dahi, talvez, no que concerne a taes phenomenos, derive a inconsciencia, em que vulgarmente se concede, impulsionando, á elaboração das ideas, o trabalho mental...

O facto, com ser de observação interessante, não escapou sequer, ha algum tempo já, entre outros, a E. von Hartmann (I), quando disse que a vontade consciente o per-turba e estorva, nenhuma influencia dire-ctora possuindo no momento da concepção. O processo mental, subtilissimo, obscuro, e revesso, que individúa o trabalho, imprimiudo-lhe, a esmero, o cunho de nascença, alon-ga-se tanto, remonta tão fundo no encadeia-mento causal, que se extrema além, na illusão, na fantasia, no erro, na escuri-

(I) HARTAMANN. — *Philosophie des Unbewussten, 7ª ed. p. 244.*

dade cerrada de um fatalismo. Não se lhe dá credito, mas presente-se a espaços e é mister averbal-o de illusorio. Penso, entrementes, fosse as delicias de um psychologo, fora de divagar sediço, aventurar-se por selvas taes, soprezando afoutamente, com amadurado estudo, sem desvios, nem desfalecimentos, as faces e as premissas, que a observação c a pesquiza experimental fartamente prodi-gam. Mas, por agora, bem nos cabe sós, no lineamento, o exemplificar, que entedia, posto que illumine, e a presença do facto, que se nos depara, a revezes, na conjunctura, nas partes, na construcção ligeira deste ensaio : a conhecença da causa, sobre ser, a certos respeitos, proveitosa, emascúla, re-tempéra e lustra, apurando a curiosidade, o exame, o juízo ou o parecer critico de um trabalho. Observa-se o phenomeno, a que anteriormente alludi, na inspiração, na.these e no rude entalhar deste livro, cujas eva-sivas, ou, alias, reiterados motivos, se asse-diam no proprio intimo das circumstancias que o determinaram.

Fatalismo inconsciente que se percebe, ou illusão intellectual que nos victíma, e que viceralmente alimentamos no espirito, sei não se ha embotar de todo, sem o vasadouro

de uma escusa, o asserto que aventuro, tanto mais quanto a um Shakespeare, se delle exigíssemos, alguma vez, uma obra de psychologia, ou, melhormente, sobre o as-sumpto, que, não ha muito, seduziu o espi-rito Heinrich Maier, — a psychologia dos pensamentos emocionaes —, tiveramos de ouvir-lhe, em que pése a seus críticos, as palavras de Esquirol: « o homem é uma machina nervosa, governada por um tempe-ramento, escrava das allucinações, tendo a sensibilidade como virtude. Nenhuma, ao que se me afigura, opinião mais estreme e mais simples, que esta, colhida, á ventura, de Taine (I), em um de seus estudos alen-tados sobre as condições que se cruzam e se contrastam, por formar, em portentosa synthese, o espirito do tragico britannico, — estudos e ensaios que a muitos críticos, entre os quaes Paul Lacombe (a), não lhes passa-ram, em suas perquirições audazes, de agu-deza malédica, ou de justiça e afinco, sem o epitheto de confusos com que a espaços este escriptor os assaca. Ha bem perto, enfren-

ta) TAINE. — *Hist. de la lit. anglaise. II*, 164-258. (a) LACOMBE. — *La psychol. des Ind. et des Sociétés. 1906*, p. 226.

tando-nos, outro exemplo : poderíamos accentuar, por egual teor, neste ponto, que, se em algum instante, a Taine, de escrever um Hamlet, se lhe tivesse asado ensejo, bem o tivera feito, na revezia, a perscrutar, não o espirito preso, afogado em sua individualidade, do aloucado personagem, senão a psychologia complexa, mas accentuada, e a muitos respeitos confusa, daquelle povo opulento de energias, sobre sentimental, cheio daquellas comoções secretas e mysticas com que o presenteara Renan (I), e enriquecido, acaso, das altas virtualidades psychicas, que lhe deparara o historiador das literaturas, e com as quaes, algures, em profusão de ideas, lhe aprouve dotal-o. —E' força arguil-os, hoje, de parcialidade manifesta, ao examinar as opiniões e lanços críticos que lhes borbotaram da mente.

Bem poderia dizer, em remate, que, sendo a escolha obra da vontade, e, portanto, determinada, é, remotamente, de caracter individual, antecede á idea, que sobre o disser-tar se espraia, derretendo, polindo, amoldando o assumpto, pela elaboração das ideas, na parte que se exterioriza, como, pelo estylo,

(I) RENAN. — *Essais de morale et de critique. 1861*, p. 376.

no intimo, ao encádeiar as imagens e as frases. Não seria Goethe que de Werlher se deslembrasse, escrevendo, fora do romance, um escorço psychologico sobre suicídio; não seria possível a Ibsen. ao falar de hysteria, se isto se lhe commettesse, esquecerem Nora e Rita; e a Dostoiewsky, « o maravi-lhoso observador dos forçados siberios » (1), qne espíritos doentes encastella em romances, movendo-os ao rolar das scenas imprevistas, era-sua nervosidade pasmosa, em sen « symbolismo septentrional (a) >, não se lhe dava excluir, « após o duello feroz do escriptor e da miséria » (3), escrevendo sobre crimes, as lembranças falazes de uma prisão maldita, sob as emoções febris, revoltantes, do exílio. A mim, ao escolher, em meio á colmeia, o assumpto jurídico, dos que estudara, um. entre todos, de grande conta, que muito hou-vera, sob outros pontos de vista, de espí-ritos avantajados, veio seduzir-me, exigindo de mim, sem curar de minha pequenez e humildade, o sáfaro labor de cepilbal-o, fundil-o,

(1) FERRI. — *Les Crim. dana tart et la littér. 1902*, p.12.
(2) SIGHELB. — *Littér. et Criminalité. 1908*, p. 7.
(3) VOGUE. — Reene des *Deux Monde*». LXVII, p. 3**12**

e, durante dois mezes, tel-o mão por mão, a ponto de querer, qual por bem, ou illusoriamente me parecera mister, explical-o, aos fragmentos, á luz da sciencia que mais me merecera, pensando sempre que em frente á lei, que conhecemos, de Marey, uma outra existe, em plano diverso, muito embora se não patenteie bem, de solidariedade com-plexa, imperceptível ás vezes, no entrelaçado bravio, e de unidade, entre as sciencias todas. Percebera-o, por citar um unico escriptor, o espirito de Roberty. As conquistas, que se mutuam as sciencias, dão-nos venia de pensar, sem nevoa sequer de duvida, na uni-dade intima, posto que não apparente, da sciencia universal, do conhecimento em todos os esgalhos, principalmente, ao que nos aproveita, entre factos sociologicos, psychicos, jurídicos e economicos. As questões de cultura, de responsabilidade, de personalidade e actos jurídicos, que influencia se mutuam, juntam-se, a uma, por exemplificar o que dissemos, no centro de abstrusa e mal definida encruzilhada. Taes os phenomenos. E o de que, nas partes principaes deste, ensaio, se trata, se coteja e meneia, merece, a quantas luzes o tivermos, que se expurgue de regras cerebrinas e peccaminosas exposi-

ções logicas, levando as falbas ou a escassez que por ventura, no dissertar vacilante que intentamos, se verifique, á conta de exiguidade de simples tentativa, que talvez incite outros, superiores a minha pequenez, a que o façam melhor, sem falbas, sem deslises. sem descorar a refulgencia e o brilho singular do assumpto e averbem de defeituoso o que me escapar, por isso que é missão do critico, ou do scientisla, que se arroga extir-par asperezas, mostrar a trilha mais certa e a melhor intuição que a sciencia possue.

I

O direito brota, extende-se, enraiza-se, até aos vestígios, condensando em si proble-mas de outras sciencias, abrindo entre os po-vos, com ser a supremacia da sociedade co-extensiva á sua acção, as franças de seus institutos. Tornar-se-a, a par de incrustação de costume, de experiencia e de saber humano, universal como as outras disciplinas, e, em seu objecto, passará do heterogeneo, a que chegou, para o homogeneo e o inteiriço de uma serie preciosíssima de leis, de decisões lucidas e incisivas, que constituam, antes, a obra lapidar, que os detritos e codeços de descobertas, atulhados uns sobre ou-tros, como stratos a formarem, atravez das edades, a crosta e profundeza da terra, aca-bam por construir, assignaladamente inexce-divel, como o peculio maior de ideas, que nos deixaram a alma humana e a prodigiosa ope-

rosidade dos séculos. Vemol-o desde a germinação do espirito scientifico, repassado de crenças e preconceitos minazes, na Asia, até a virilidade opulenta do pensamento moderno, que se arroga atacal-os, subrogan-do-os pela analyse dos factos, até á audacia de dissecar nuamente o corpo das leis, com o intuito de tirar, como das entranhas do Universo, as provas mais conducentes do mecanismo jurídico, que são de si sós capa-zes, em summa, de lançar as mais fundas raí-zes, que fora possível ideas embutirem, na consciencia e no raciocínio da humanidade. As relações de commercio, de envolta com a troca de cabedaes scicntificos, na mediação complicada do esforço, terminarão por. esta-belecer, entre os povos, sobre o solo firme de um laço ethno-psychologico, a universa-lização do Direito : ao sonho de Ihering, Bluntschli e Fiore, ha-de preceder, como ger-men, o liame forte entre o direito e as scien-cias sociaes, porque se vinculem aos estudos psycliologicos, o methodo e a theoria que o engasta; ao nivelamento, que se pretende fazer, da sabedoria jurídica, e á « creação por adaptação de novos institutos » (**I**), ha de cor-

(I) COGLIOLO *Saggi* ***sopra l'ev. del*** *diritto privato,* **p.26**. 7

responder, por força, o alevantamento, que tarda, á condição geral da sciencia moderna. Os juristas-philosophos, quasi todos, assignalam, com resentimcnto, o que de pequeno progresso e bons methodos, de envolta com os preceitos encanecidos, existe, ainda hoje, no direito civil, e de que justamente o acoimam : a Hermann Post e Puglia, entre ou-tros, mereceu o facto, como de esperar fôra, considerações systematicas, e, não obstante escritores da pôlpa de Ihering, Endemann, Kohler c alguns mais, alienígenas, terem intentado, livremente, com minudencia, infundir-lhe nova orientação, tem-se ainda grande parte no romanismo estavel, e não se adquiriu, tio pouco, que se possa mencionar, a extincção das radiculas, que os tempos romanos entrelaçaram na sciencia do direito, salvos institutos forçosamente levados pela correnteza do progresso mercantil dos povos. Mas o progredimento não consiste sómente, de modo exclusivo, em nos roubar ao direito romano, cuja inspiração primordial, o enthusiasmo e a vaidade de egoismo constituíram, e que, de feito, não poderia continuar soberano, a dar-nos, ao muito, parte do direito privado, porque incapaz de offerecer, no circulo estreito de seu ínfimo e deshonroso

commercio, um fragmento sequer, que não necessitasse emenda, de direito economico. Não é isto só : o direito é producto instavel, mas de evolução lenta, perceptível, a refle-ctir a evolução geral da sociedade, obra de condições varias de cultura, de riqueza e de civilização. Mas, ao contrario do direito, existem disciplinas, cujas pesquizas não se cifram em investidas audazes, sob o manto cambiante de um systema philosophico, sob a fascinação de um parecer novo, sem bases, sem fortes esteios ; progridem, as que da sciencia jurídica mais se aproximam, e exi-bem experiencias e processos novos, que uma corrente moderna insufla, e que, todavia, não são privativas, suscitam outras, em terrenos alheios, porque se enfileirem apos. si e se transmudem, aperfeiçoadas, em cabedal preciosa, e se presentem, como verdades, gizadas por uma poderosa inferencia scien-tifica. Dest'arte não são joias que rebrilham numa urdidura artificial, mas engastadas no oiro que o escopro do realismo grava : a descoberta que se addita e a recente analyse de um facto que se explora, demovem ou emendam o asserto anterior, corrigem-no, a par e passo que encaminham o observa-dor, encorajando-o, porque siga, em meio á

tarefa, assaltando minucias, que se estagnam, sobredoirando o exposto, condensando acertos, cotejando, porfiosamente, leis adquiridas, promissoras da solução exacta, de que matizam ligeiramente o debuxo. Gomo sciencia racional, deve o direito intentar, em seu curso, uma explicação bomogenea, systematica, estribada cm outros ramos, com uma bem revelada preoccupação realista, que lhe dite normas, partindo « de um pequeno numero de principios (1), que não digam o seu objecto, mas exprimam, em substancia, as suas leis, as suas formulas e transitoriedade de evolução.

Se a mudança de uma crença philosophica, radical e decisiva, derruba, por completo, illusões anteriores, tradições acariciadas, empedernidas quasi na consciencia collecliva, ou quebra as algemas de uma anterior escravatura espiritual, que faz «Budha e Jesus maiores tyrannos que Napoleão e Tibe-rio », como dizia Le Bon, havemos de convir que o direito, crystalização dos actos costumeiros, que concernem á utilidade de uma organização social, tem forçosamente de

(1) Emile PICARD. ***La*** *science* ***moderna, 1909,*** **p. 4. Ro-BERTY.** ***La sociologia.*** *1886*, p. 7.

aquistar, por completo, nova vestiaria, como effeito de um acontecimento memoravel, elevado, philosophico, sobretudo historico, que volcanizara o pensar collectivo : a universalização e unidade da scienvia, em mercancia de effeitos, hão de urdir o quadro, dando-lhe feição nova e, o que bem mais é, cons-truindo-lhe uma theoria que seja com as demais ajustavel, consentanea. Não é sómente a morte das crenças e das illusões, que o realismo impõe, como pensava Tardieu (1), mas a coloração de novos costumes, novos modos de proceder, de pensar, de bracejar e de viver no concento das relações mutuas que os homens se vinculam. A lei escripta, estreme de desvios e insinuações, é a figuração con-creta do costume : caldeia-se na experiencia accumulada do grupo social, nelle se desen-volve e se transforma, após lhe copiar os traços psychologicos, como se fora a imagem da vontade collectiva, que a determina. Os costumes, como actos repetidos que são, aproíundam-se, tirando origem na crença, na cultura, ou, emfim, na educação do povo, em que ao redor do conceito da natureza, da crença religiosa, ou, modernamente, do saber

(») TARDIEU. *L'ennni.* 1902, p. 261.

scientifico, politica e direito gravitam, tendo os seus factos subordinados á feição que a sociedade naturalmente lhes empresta. - Pretenderam fosse a sciencia jurídica, com attribuirem-lhe liberdade falaz e inutil, simples fantasia; sotopunha-se o direito á igreja, « como uma esphera inferior, subordinada, a que o molde ecclesiastico impõe a forma, os limites e o movimento (1)»; o conjuncto de instituições que têm por fim a dominação de certo grupo de homens sobre outros (como Gumplowicz (2) defeituosamente conceitúa o estado) entregava esta supremacia a uma classe, que títulos de merito não tinha, senão o domínio espiritual e a sabença de coisas christengas e de martyrologio que se restringia, a força com que tyrannizava e a devassidão occulta e criminosa com que nodoava a sociedade coeva. Apaga-se, porém, o multicor da tela; trilha nova mostra-se ao direito; recrudesce a lucta, emquanto se alas tra a mercancia de ideas e a sciencia jurídica se firma e se retempera, embora se lhe note de corpo enfermiço, e se culpe o facto, por

(1) JANUS. O *Papa e o Concilio.* Introduoção de R. Barbosa. CX. (a) GUMPLOWICZ. *Précis de sociologie.* 1896, p. 195.

inadvertencia e descuido crassos, a eminentes juristas, espíritos de escola, nos mais nítidos e intensos padrões de sabedoria jurídica, que jamais os antigos nos herdaram. Outros, porém, existem, que muito fazem por elevar o direito, como ramo das sciencias sociaes, á altura que lhe compete de disciplina que evolve: lhering, a que nenhum ha tal vez que se avantage, é só por si, renovador audaz; Post, com o seu methodo historico e etimologico ; Kohler, Stammler e outros, que se en-tregam, com afouteza e constancia, que neces-sarias se fazem na contenda, ao estudo da jurisprudencia, mercê de investigações por-fiosas da consciencia social, como Lazarus e, hoje, Miceli, Vecchio e Tõnnies, cada um a seu modo, partindo de pontos varios... Mercê de licções de tão elevado credito, e genuína fonte, sempre promptas a fructificar, e exer-cer, nas transformações, a sua actividade creadora, mostrando-nos, de onde em onde, bellezas de si-mesmas acatadas e, pelo lavor e energia de saber, que as distingue, trazidas á bailia ; mercê de taes paginas, por si sós constructoras de um evo fecundo, cheias de excellencias fortes de bôa doutrina, pensei razão fazer, quasi ao correr da elaboração mental, este debuxo desluzido e pobre, no-

tando de antemão me cumpria extrezir-lhe os limites, a que, depois, mal a meu grado fugi, fixar os filamentos que separam estas sciencias, dispostas em tríade, — sociologia, psychologia e direito —, que se similham e differem ao mesmo passo, pela razão unica e primordial da existencia, a que os indivíduos se subjugam; e, depois, em outro capitulo, em que conceitos inestimaveis não resaltam, como pepitas, no engranzar dos períodos, mostrar, na esphera estreita de minha força, o plasma que as resume e confunde, na constituição intima e na causalidade primaria, dando-lhe eguaes leis evolutivas, que repontam na contextura da legislação scientifica : não o farei (e escorcha-me sabel-o) a contento meu, senão com superfluidade voejante e crueza condemnavel, que me deslustram tudo, embora amiude forcejasse por executar, a todo poder que se me fez auxilio, a idea delineada, ora extrezindo, um a um, e cotejando problemas que interessam, na vestidura ou no intimo, ás duas sciencias, uma do espirito que se restringe o campo de acção do funccionamento psychico, e outra de caracter diverso, das normas de acção na communidade social; ora evidenciando, como observador, que simplesmente infere, a causa

de desequilíbrio que faz existam no mundo scientifico regiões que se fertilizam e logram certa unidade e belleza, e outras, no seio mesmo de um grupo fecundo, que se paralysam e regridem. Une as primeiras, como se induz de uma investigação synthetica, o mesmo vinculo que concatena os factos, o mesmo talvez, se theorizarmos, que « reune todos os reinos ao mundo organico » (1), cruzando os phenoraenos por uma causalidade ininterrupta, que faz se permeiem mutuamente. Do mesmo modo ha, em outro domínio, a que a imaginação se passe, sociedades que se ani-mam, e cujo systema nervoso, — por falar com a theoría organica, — evolve insulada-mente, e em que a intellectnalidade se eleva, dando á perspectiva uma evolução intensiva; e extensiva ao mesmo tempo, respeito ao apparelho intellectual da sociedade, que é, de um lado, uma tediosa ficção, e, de outro, uma realidade, em que é mister se conceda. O mesmo com pequenas variantes entre os co-nhecimentos occorre. A Lilienfeld, que tanto se apurara, a seu grado, na perquirição patho-

(1) LILIENFELD. *La pathologie sociale*. 1896. **Préface** de **R. Worms**s, p. **XXI. BERGSON**. L'***évolution créatrice***. **1907,** p. 147.

logica dos grupos sociaes e se engraçara do futuro da sociologia, não lhe escapou, em passagens breves, o estudo e a observação do facto. Poucas sciencias, em seu cresci-mento, apresentaram, com tanta refulgencia, lustre e poríiosa lucta, que as sublima, tão grande porção de estudiosos, e preoccuparam, durante tanto tempo, como pensa um escriptor moderno, « os bons espíritos » (**I**), como a psychologia : era razão subordinassemos o direito a seus dictames, desde que o homem pode ser considerado em seu organismo (2), cujo estudo pertence a um grupo de scien-cias, e em seu dynamismo, de que algumas disciplinas, entre as quaes a psychologia, repartem, entre si, mutuando auxílios, a pes-quiza estafante; e desde que no grupo, a que por ultimo alludo, a psychologia occupa, fora de duvidas que se suscitem, o mais elevado plano, e esparze, a mancheias, sobre um grupo crescido de outros ramos, as suas luzes, ou sobre algumas sciencias que ao es-tudo do homem emocional e intellectual se propoem, como a esthetica, e sobre outras

(**I**) PRAT. LE *caractere empirique et la personne,* **I**906, p. **I**.
(a) RIBOT. H*érédité psychologique.* **I**897, p. 3-4.

ainda, que vicejam, crescem e fructificam no terreno em que o psychismo individual e o espirito collectivo se combinam e se contrastam, qual a sociologia, cujo objecto se constitue de um processo natural (**I**), que por seu lado se forma dos movimentos dos grupos sociaes e influencias que entre si se exercem. Não se tem posto em pratica, com largueza, entre os juristas, a certeza, que se alcançou, das influencias que a sociologia e a psychologia e, ainda mais, o direito, como sciencia social, se mutuam, nem se parte, estribando-se em bons dados o exposto, de que a vida social constitue um reino novo, « sui generis », não independente com tudo, á cima do reino propriamente da vida (a). Todo o cosmos vive de leis internas que impulsio-nam a materia, determinando, por egual, os movimentos; e as arythmias plasticas, como escusadamente as rotulo, bem pouco valem e, ao muito, obedecem variações tempora-reas que se succedem, em desenrolar de ener-gias : os phenomenos chimicos, ao contra-rio dos pbysicos, alteram a natureza intima

(I) GUPLOWICZ. *Aperçus sociologiques.* **I900, p. 2.**
(2) DRAGUICESCO. ***Da rôle de l'****indívidu* ***dans le déterm. social.*** **I904, p. 43.**

dos corpos, e dahi a differença que entre elles reponta (**I**); os phenomenos physico-chimicos e os phenomenos physiologicos têm uma linha de separação, um elemento irreductivel — a vida (a) ; a consciencia liberta a psychologia da physiologia, e a sciencia dos grupos sociaes, pelo seu objecto, possue, entre si e a sciencia do espirito collectivo, uma barreira que lhes dá independencia. Mas airreductibilidade, em que geralmente se crê, estatelada entre as sciencias, só é possível, todavia, logicamente: o contrario, a meu ver, é uma insinuação ou impensado avance, impuro e soez, de metaphysica. Estou nesse passo, e sinto-mebem, ao lado de Gley (3), fu-gindo aos demais que arvoram a certeza con-tradictoria. Fundem-se, completam-se as sciencias, com trocarem entre si observações e methodos; não se porfiam, não se contradizem, permeiam-se : a vida explica-se, posto que logicamente se não reduza, pelas leis physico-chimicas, o espirito pelas leis phy-

(1) DRAGHICESCO. *Le probleme de la Conscíence.* I907.

(2) WARD. *Dynamic Sociology.* I1902. I, p. 403. TOULOUSE, VASCHIDE BT PIERON. *Technique de Psychologie expéri-mentale.* I904. p. 28.

(3) Gley *Étude de Psychologie physiol. et palhologi-que.* I902, p. 3I.

siologicas e a sociedade, em remate, pelos phenomenos psychicos e economicos, por modo que, em todos os recantos, desde ã biologia até as sciencias sociaes, a mesmei-dade existe a defrontar, na apparencia, a differenciação especifica : de um desenvolvimento, que se juncou de accidentes, da vida, surgiu o espirito, que *é* « uma faisca do principio geral das coisas (**I**) ». A propria justiça humana, para Spencer. é um desenvolvimen-to ulterior da justiça sub-humana (a), rudi-mentar e imperfeita, em que. sem muito custo, se divisam e se notam os germens de uma responsabilidade social. Em summa: a forma-ção da synthese mental lembra, em reflexo, a combinação chimica...

(I) DRAPER. ***Les*** *conflito de la scíence et de la religíon.* 1873, cap. V.

2) SPENCER. ***Justice.*** **1893**, *p. 8*-17.

II

Roberty expende ideas sobre a união das sciencias do espirito e da sociedade e, a respeito da ultima e da sciencia juridica, aza-se-nos ensejo para dizer, com Tarde, que a psychologia é para a sociedade o que a chimica para os seres vivos, ou, melhormente, que o direito é coisa imitativa : copia o modelo antigo, o modelo de hoje e imita-se a si mesmo (1). A lei, regra civil e juridicamente obrigatoria (a), vai buscar fundamento, em todo o curso de sua formação primaria, no costume, no modo de operar do corpo social, ás vezes modificado nas interpretações judiciarias. A' excepção de alguns escriptores, que se afastam, a opinião é corrente e bôa, tanto mais quanto a sobredoirou apenna de Post —

(1) TARDE. *Les transf. du droit.* 1906, p. 124.
(a) DBMOLOMBE. C*ours de Code Napoléon.* I., p. 2.

escopro que, a lanços de erudição sabia, tantas obras de merito gravara —-, e ha, por ahi afora, em notas escriptas em prol desse modo de Ter. argumentos sem conto, com que facilmente se revidam controversias, incidentemente ventiladas, ou cahidas a proposito : o problema constitoe uma questão de psvchologia social, de etimologia, ou, se querem, particularmente, de psychologia ju-ridica, que não de direito puro, A quasi todos os estudos jurídicos, em nossa estimativa, faltam-lhes. porém, a messe preciosa, o aspecto renovado e a virtualidade moderna, que a eomprebensão da unidade da sciencia, lhes poderia ministrar, se a tal desígnio se propuzessem, além de ensaístas profundos, como Clovis Bevilaqua (I), em sua formosa THEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL e conjectu-radores mais ou menos proximos da ver-dade, como D'Aguanno e Carie, por não lembrar outros mais antigos, e tentassem, como muitos fizeram, concentrar barreiras ao romanismo estavel, ora peia necessidade de cultura, ora ao influxo das sciencias vizinhas : a feição geral, com que se envolve a

(I) Clovis BEVILAQUA. THEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL

sciencia, e o caracter universal, que á synthese logica compete, não são privativas, reservam-se por egual, na opinião auctorizada de Roberty, a todas as grandes formulas unitarias, elaboradas pelas principaes divisões do saber (**I**).

Desde a interpretação das leia, que se effectue por processos scientificos, até aos problemas que se nos antolhem, do sujeito do direito, da incapacidade jurídica, ou do mecanismo das obrigações, em que retocam o quadro, de per si, a questão dos actos jurídicos e dos vicios que a vontade deturpam, reflectem-se vivamente, em todo o direito privado, em particular, de quando em quando, os problemas psycho-sociaes mais em conta, indo resaltar no corpo enfermiço das codificações, no borborinho inextricavel, na complexidade permanente das relações quotidianas. Não obstante o brilho que exalça a sciencia jurídica, a profundidade de pensar dos jurisconsultos, a apparencia esthetica que a aformozeia e cinzela, e a systematização de que ultimamente se cura, podemos exami-nar innumeras lacunas e omissões desapropositadas em todos os ramos do direito. A

(I) ROBERTY. *Revoe philosophique.* XXXIV, p. 471.

sciencia humana, em suas ramificações mais ou menos densas, tal como do estudo das sciencias particulares se forma, sem laços intensos que fortifiquem o todo, offerece-nos a idea de uma floresta variada, sem a accentuada influencia de um clima, sem uma stru-ctura certa e denunciadora do solo : rastreia pelo calios. Temol-a aos fragmentos. Urge completal-a, concatenar, reunir, syslematizar, por fim, esse livro de paginas sol-tas (1), dar-lhe uma feição unica, uma idea primordial, que o explique, um colorido, que o individue... Com existir materialmente nas leis, por si extensões fictícias do uso, e ser, ao mesmo tempo, efleito e causa de processos naturaes na sociedade, o direito intenta um fundamento real e inilludivcl, em que se baseie como sciencia vasta e se-ductora que *é,* e cuja missão representa um processo de equilíbrio social. Esse funda-mento, a que se dá cata, é, só por si, forma-ção collectiva, espontanea, que braceja entre os povos e borbota, em embryão, nos grupos animaes inferiores : uma theoria de responsa-bilidade. Nella, producto-essencia da luta e

(1) Korrounow. *Cours de Th. Générale de Drail. 1903,* p. I.

do costume, estriba-se o direito. A lei, interesse juridicamente protegido (Ihering) ou, se o quizerem, declaração publica da vontade geral sobre um objecto de interesse com-mum (Rousseau), é na responsabilidade in-dividual que tem sua razão de ser, tornando-se factor social de progresso, transmudada em objecto de uma sciencia : nella se esteia a brutalidade do animal inferior, afogado em sua ignorancia e crueza, quando ataca o si— milhante, culpando-o, escorcbando-o, ferin-do-o, como responsavel directo de seus actos.

E' a justiça, o direito, a sociedade, a ordem e a civilização, que se fazem...

Fructo do espirito collectivo, porque do habito, quer houvesse sensivelmente escorrido de fonte costumeira, em forma de regras instinctivas, quer exsudasse, escripto, da penna dos doutrinadores, o direito tem de segurar-se á sociologia, porque, no primeiro caso, representa o pensar collectivo, cujo abalo provoca, ás vezes, os mais inesperados estremecimentos sociaes, e, raras vezes, no ultimo, a imaginação e a logica dos jurisperitos, dispares, mas empenhadas ambas, se vão além da exegese, no escarmentar e purificar a lei.

No caso contrario, não teria o caracter

natural de lei, e se o tivesse, embora sahisse conspurcada, por lhe forçarem um succedaneo, haveria influencia, se bem que indirecta, da consciencia collectiva : á evidencia da realidade chegará o exame do que affirmo, se auxilio lhe fizer um pouco de psychologia social. Construída e delineada uma formula mesma em que se synthetizem, desde a sua genese e atravcz a historia da civilização, os varios períodos da desenvolucão social, reconhecer-se-á, sem miudciar intentos esforçados, que a sociedade surge, por transformações successivas, da lei da selecção natural, em todos os respeitos em que se nos antolhe, sem especialização inopportuna de factores : c product of the law of natural selection, or adaptation, and was trought about under the rigid influencc of natural economy... » (1); ver-se-á de egual a egual que o direito, « justo limite imposto ao uso da liberdade exterior dos homens », ou susten-taculo dessa liberdade, é que pode reflectir, no seio de um grupo social, a imagem particular de um povo, sua cultura, as proprias influen-cias deleterias, o genio, as condições so-ciaes de uma raça e as tradições, marcos de

(1) LESTER WARD. *Dynamic Socilogy*. 1902. I.

belleza e de força, que representam, á guiza dos proverbios, no dizer de Ferri, incrusta-ções seculares do genio collectivo.

Diante do que se expoz, firmadas as ideas em observações, que desluzida orientação cimenta, ha o resvaladiço, a solução unica, a encruzilhada concludente de um dilemma : ou o direito não consegue o brilho das demais sciencias, ou se subordinam, com largueza, a um estudo psycho-sociologico, todos os problemas jurídicos.

Digamos, portanto, como Post, que ha um aspecto sociologico, outro psychologico, na vida jurídica; ou, melhormente, como por vezes tenho dito, que, como a linguagem, cuja sciencia se divide em physiologia, psychologia e historia (sociologia), tambem se lhe deve descobrir, ao direito, os mesmos as-pectos que as relações com a structura, com a funcção e com os factos psychicos lhe determinam e entretecem. No que concerne á psychologia, vel-o-emos em uma classificação dos factos psychicos, que aos phenomenos jurídicos offerecem as causas, e cujo caracter duplo em que se instillam, emergindo da so-ciedade e da natureza, me prodiga reiterada escusa, de que me apercebo, para sotopor aos actos juridicos a alluvião espessa dos

factos psychicos, tanto mais quanto actuallmente, não se rejeita assentimento ao parecer que dá, em psychologia, como resultado de uma tendencia a transmutação de uma idea em acto, —parecer da melhor conla, em que vão parar, na maioria, as explanações de Fouillée sobre as ideas-forças. Certo é que, se não coexistem, os actos psychicos determinam, em grande parte, os que produzem relações de direito e, sabcndo-se quanto a psychologia, o direito e regiões limitrophes se impregnam umas das outras, e ao mesmo tempo differem, pensei mister esboçar, — de accordo com os ensinamentos proveitosíssimos de James, Bechterew, Pawlow, Toulouse, Vaschide, Piéron, Ebbinghaus, Witasek, Paulhan (1) e outros psychologos, além de juristas, com que vivi mão por mão, e cujas lições foram conducentes da idea, a que me ative, desse modo unitario e scientifico de concatenar factos psychicos, sociaes e jurídicos, — uma classificação desses phenomenos :

(1) **W. JAMES.** ***Principies of Psychology.*** **1891. II,** 522. **BEXHTEREW.** ***La*** *psychologie* ***objective. Rev.*** scienti-fi**que, 1906.**

- **FACTOS PSYCHICOS**
  - relativos á vida individual.
    - caracteres:
      - quantidade. . . . . .
        - attenção.
        - memoria.
      - qualidade. . . . . .
        - prazer.
        - pena.
      - tendencia synthetica.
        - associação.
        - imaginação.
        - *raciocinio, etc.*
  - (objectivação)
    - relativos á vida social
      - 1) do homem na sociedade
        - dependentes da vontade do auctor
          - *a*) em virtude dos quaes relações juridicas — nascem ou se extinguem.
          - *b*) *sem effeito juridico.*
        - independentes
          - licitos.
          - illicitos.
      - 2) collectivos
        - juridicos.
        - sem effeito juridico.
    - relativos á vida da especie
      - (vida sexual)
        - licitos.
        - illicitos.
      - (vida de familia)

Defeitos, bem que os ha nesta classificação, pois a Toulouse, Richet, Grasset, James e outros que me inspiraram, egualmente lhes cabem tae admoestações, não obstante a profundeza com que urdiram suas preciosas seriações de actos e funcções psychicas. No proprio direito as classificações não se me afiguram impeccaveis, pois que de defeitos vulgares se não livraram Grasserie e outros que fôra ocioso mencionar : não se poderia escapar á eiva, pois que os phenomenos,

TOULOUSE, VASCHIDE et Piéron. *Technique...* (op.cit), p 259.

GRASSET. *Psychisme inférieur, 1*906, p. 161.

EBBINGHAUS. *Abrias der Paychologie* (Leipzig).

PAULHAN. *Lactivité mentale et les élém. de Tesprit.* LUQUET. I*dées gén. de Psycholngie,* I906, p. 258.

VAN BIERVLIET, *La paychologie quantitative, 1*907.

BINET. *Étude de paychologie expérimentale, 1891*.

HEINRICH MALER. *Paychologie dea ernotionalen Den-kens, 1*908. E' admiravel a mestria com que o auctor, na segunda parte do livro, analyza os caracteres dis-tinctivos da reproducção, da associação e mais pheno-menos psychicos.

GLEY. *Eludes de Paych. physiologiqne et pothologique,* I903.

SAVIGNY. D*roit romain, § 114*.

CLOVIS BEVILAQUA. *Th. Geral do D. Civil,* I908, p. 276. — *Em defeza do Projecto do Codigo Civil Brasileiro.* I906, p. 499-500.

GIOVANNI BRUNETTI. 11 *Delitlo Civile. 1*906, p. **II**.

como as sciencias que os restolham, a fundirem-se uns com os outros, não se subordinam, como preciso fôra, a uma seriação logica, nem ao exposto especializado, objectivo e determinante de uma classificação, -um phenomeno junta-se a outro e apparece, inesperadamente, de si mesmo obscuro, como um facto novo, ao redor do qual effeitos varios gravitam, e não é difficil ver-mos, na pendencia, factos que apresentam lado sociologico, psychologico e jurídico. Pensar contrariamente, como fazem, não raras vezes, escriptores affeitos a laborar sómente no direito, é á saciedade explicavel : nelles, como nos poetas, chegaram as sensações a transformar em pequeno mundo, clausurar numa sciencia particular apenas, todo o universo (**I**); ha, entre os que assim se entregam de corpo e alma, a obsessão da especialidade, quasi um delírio metaphysico, donde jorram por mal o odio, o azedume e a ironia imbecil, que ás outras sciencias votam. Nietzsche percebera, de relanço, o facto, dando a entender que as coisas concedem ao espirito o peso ou a leveza do estylo e da palavra. Descuraram os juristas do estudo da vida

(**I**) VASCHIDE ET VURPAS. LA *logique morbide,* **I901**. I.

do direito, esse producto de assimilação e desassimilação psychica, bem ao contrario dos economistas que se propuzeram estudar, desde cedo, a teia da vida economica : não tiveram em vista que as leis representam para o povo que se haja constituído fortemen te, aquelle estado de emulação pacifica, que deriva de um accordo, e a que Novicow ligeiramente allude (**I**).

Erra Edmond Picard (2), quando leva á conta de processo de adaptação das acções humanas, o direito, ao envez de tel-as como resultado de um processo identico, e dizer, como já se me azou ensejo de affirmar, que o direito é o conjuncto de regras das acções humanas, produzidas pela adaptação, no escopo de firmar a ordem publica, balanceando interesses.

(**I**) Novicow. Les *luttes entre la sociétés humaines* **I903**, p. 50. (2) Picard. *Le droit pur,* p. 411.

III

Qual, porém, sob ponto de vista scientifico, o fundamento do direito? E' o que por agora se nos commette explicar. Poderíamos responder á pergunta, a subitas, de assalto : uma creação do pensar collectivo, uma theoria da vontade, em que as tendencias e luctas ethnicas se concretizam, e para cuja restauração imaginosa, o direito, mais uma vez, irá beber ideas na psychologia, ouvindo Bastian, Sollier e Paulhan, cujas observações bem mais valem que centenas de livros de philosophia jurídica, de modelo an-tigo e feição theologica. Ha algum tempo, (1) de passagem e incidentemente lembrei que Charllon Bastian, sabio e pensador, considerava a vontade como promanada da atten-

(1) PONTES DB MIRANDA. *A cultura da attenção.* Estudo psychologico, artigo de 1909.

BASTIAN. LES *processas nerveux. R*evue phil. XXXIII, p. 369.

çâo, apercebendo-se para isso das melhores provas ; acceito ali o parecer, mais tarde reiterei o que aprendera, quando estampei alguns trabalhos sobre *o* assumpto deste livro, e assegurei, então, que esse processo de adaptação do cerebro ao mundo exterior, especie de arranjo mental, que é a attenção, e cuja cultura, a meu ver, tinha effeitos tão maravilhosos, era a força de toda continui-dade psychica, em que se esteia o direito, para punir o homem e obrigal-o juridicamente, e em que é razão basear o poder logico, pbilosophico e historico da sciencia jurídica, como sciencia particular, cujo ob-jecto se contem no estudo de uma força social que opera equilíbrio e instabilidade. Em summa: quando queremos alguma coisa, julgamos querer, porque somos livres, sem perceber comtudo que incidimos em erro, desde que essa liberdade, nas sciencias naturaes, não existe, e a vontade, synthese mental, foi de si mesma determinada, como o pensar na existencia dessa faculdade livre um effeito do determinismo interno (**I**): não

(**I**) JUQUELLER ET VIGOUROUX. *La Contagion mrntale.* **I**906, p. 6.
Dr SOLLIER. *Essai critique et théoriqne sur Lassociation,* **I**907, p. **II**.

se tem, porém, uma representação nítida do que seja a falibilidade ou a impotencia da vontade, embora geralmente se alardeie, apregoando determinismo. Dando alicerço ás minhas ideas, ha o favonear de uns tantos mestres, e, no que se refere á primeira clausula aventada, temos de fonte límpida e rica : « das weitverbreitete Dogma von der Freiheit des Willens ist naturwissenschaftlichen durchaus nich hallbar » (1).

A questão conserva-se integra, em substancia, para todas as sciencias, mas reparte-se em varios ramos, quando, em disciplinas insuladas, se exterioriza. E' o que nos commette mais amplo dissertar, começando por estabelecermos, a gosto individual, que, assim como o scientista britannico reconhece, em obra de fôlego, a existencia de um poder psychico de additar mutuamente as ideas, penso coexista uma continuidade intima, especie de persistencia (Persevera tiontendenz, dos allemães), de processo systematico, pois que todo trabalho mental é um resultado complexo, sobre confuso, de attenção e memoria, de que tanto depende,

(1) **HACKEL. NATURLICHE** *Schôpfungsgeschiclite.* 1854, p 11.

em suas causas, a associação de ideas: e os actos humanos se vinculam, salvo em casos pathologicos, peio temperamento e pela educação, ambos senhoreando, no labor mental, o proceder constante, ou naturalmente accidentado, mas em todo o caso sustido pelo determinismo psychico. Assim como a idea. para Fouillée, é um systema de sensações, o espirito, em minha opinião, é um systema de ideas. sendo que a consciencia. verdadeira stenographia do cosmos, » como a ferreteou Roberty, e a reflexão mutuam entre si ener-gias, baseando a continuidade, a que os espíritos se escravizam na pratica de seus actos (I). Não é, como se devera presentir, uma responsabilidade que tolere grãos, mas firmada, como me pareceu mister, sobre a systematização dos elementos psychicos, e aventada, no ambito social. como fautor de cultura collectiva. E' como que a lai da necessidade, predilecta visão adulterada dos finalistas, dictando leis á psychologia social. Poderiamos dizei-a, a ler a opinião como de veia estreme, o elo intermediario e conductor, que vincula o homem ao am-

(I) BASTLAS LE CERVEAU *organe de la penace... 1880. Paulhan La Colonte «otomtér tgB,* p- #7-IOXMT. *MM rrtptmwbitittí pémsie. vspx,* p. 184.

biente social, subjugando-o, adaptando-o, forçando-lhe uma responsabilidade do eu-apparente, o eu que é dado á sociedade polir, modelar, extrezir, pois que é difficilmente adaptavel o eu personalíssimo, — o conjuncto de phenomenos que se juntam e se casam, enlaçados, esgalhando-se em ramos medrançosos, fundidos em suas causas, por instituir a alma de cada um, mergulhada no oceano revolto de uma individualidade, pulsando a bel-prazer de suas tendencias rudes, fluctuando na escuridade de seu caracter intimo... Não theorizo, nem divago á fantasia, explico; e não estou, pensando como acabo de expendir, fôra das idcas acariciadas, de continuo, pelos pensadores modernos. Vejamol-o : o eu individual de que falo, e pretendemos conhecer, sendo em vão avances esforçados, é o sustentaculo dos actos psychicos de Witasek, é a lei da pessoa de Bazaillas, o conjuncto de maneiras de sentir e de reagir de um individuo, que não fugira a Hartenberg, nem a Perez, Bergson, Paulhan e outros psychologos (**I**),que se reservaram o estudo da personalidade : de mim, já o defini, em **I**909, em

(**I**) BASAILLAS. *La vie personnelle,* **I905**, p. 3o5. PRAT, op. cit., p. 36.

uma prova de direito criminal, como o substratum da personalidade, que no pensador, no estheta, no critico, no criminoso-nato, no homem de honradez typica, é como que a causa do gosto, do senso, da fereza delin-quente e do amor innominavel á honra. Ha crimes feitos com imaginação, crimes que denunciam o homem superior, e, se não fôra um mal, diria até, com prazer, crimes que honram... O homem, como todo o orga-nismo multicellular, é ferreteado como aper-feiçoada machina, dotada de energias que levantam reprezas, de parte a parte, ás influencias exteriores, que o tentam anni-quilar, como que uma federação social, uma perfeita colmeia, composta de milhões e milhões de elementos insulados, autonomos até certo ponto (**I**). Não se lhe deve attribuir responsabilidade, nem livre alvedrio, senão por um contracto de interesse, por um accordo social de existencia, pela satisfacção

HARTENBERG. *Physiologie et Caractêre*. **I**906, p. 49

SURBLED. *Le cerveaa,* **I**908, p. 250.

BINET. *Année psychologique,* III. PBBEZ. Revue philosophique, XXXI.

(**I**) CHANTEMESSE ar PODWYSSOTSKY. *Lee processas généraux,* **I**90**I**, I, p. 4.

mutua de fins objectivos, como diria acertadamente Stammler (**I**).

Le Bon atinou com a separação do eu-personalissimo e do eu-apparente da sociedade, porem, não desfitando a vista da sociologia, descurou de sorprezar as fontes desses factos, productos-essencias da vida psychica; arterias borbotantes da organização pessoal : a primeira, em que se incutem as ideas, embryão de convicções futuras, prefiguração de crenças ineluctaveis e firmes, a governarem, em parte mínima, a consciencia e a inconsciencia criminosa das sociedades, quando não logram dominar, cinjir-lhes o apparelho intellectual, aprofundidas no eu individual das nações constituídas, na moral especifica ou na tara hereditaria de um povo, entre os mais inviolaveis traços ethnicos que o especializam e individuam. O facto, com ser de grande verdade, esgalha-se entre as sciencias : ha stratificações semanticas, dos sentidos variados dos vocabulos; religiosas, das crenças que nascem de outras crenças, enraizam-se e constroem, em camadas superpostas, as seitas e as crenças inviolaveis; ethnicas, das raças que se ligam, pelas in-

(I) STAMMLER. *Wirtschaft and Recht,* I896, p. 575.

fluencias climatericas, ou pela **hereditarie-**dade, em confusão de origem; psychicas, entre as coisas, espelhadas no espirito, que se associam, ou entre ideas e vontades, que se adensam e se enformam, empedernidas, na synthese complicada da personalidade... Dahi surge a causa, a remotíssima e profunda causa das erupções sociaes, quando volcanizado o solo, sotoposto o eu appa-rente, as influencias collectivas attingem o eupersonalissimo, e esse, inconscientemente, sobrepuja tudo, anima, fomenta, retempéra e incendeia, tresloucado, os indemonstra-veis factos que povoam a historia, e a in-telligencia humana ligeiramente descortina..

A' MARGEM DO DIREITO

A' Margem do Direito

Os factos sociaes são, por vezes, verdadeiros centros de irradiação : — a psychologia, ao limiar, sobre o lastro de um acto rudimentar, engranza entre si causas multiplas, que se não degladiam, antes, coexistindo sob insondavel complexidade, perfazem o subslralum desses factos; a sociologia estuda-os em sua propagação expansiva, ao passo que o direito os « condiciona», dando-lhes a trilha do costume, da tradição e da necessidade social, assimilando-os por assim dizer á feição geral dos phenomenos jurídicos anteriores; a linguagem redul-os á forma verbal, explicando-os por meio de construcções privativas, em enunciados logi-

cos. ao passo que a economia lhes mede o interesse, coteja e elide o que *ê* demasiado e arbitrario, golfando-os apôs á corrente nor-mal que os factos anteriores constituíram. Escusado é dizer que taes phenomenos se relacionam, penetrando-se mutuamente, e que, â formação mesma, outras sciencias, em concento. lhes determinaram virtualidades e feições, como a mecanica perante a effectuação physiologica, ou a psychologia collectiva. que os affez aos processos existentes de socialização, por mercê do que os scientistas rotulam — repetição por contagio.

Uma sciencia só por si. por mais amplos que sejam os seus domínios, por mais que se lhe dilatem as raias de elaboração, não pode desentranhar um facto, estudando-lhe ao mesmo passo o desenvolvimento e os effei-tos : — a unicidade, desconhecen a natu-reza na causalidade universal, e o conheci-mento humano, que se afóra em reflexo mental e raciocinado do cosmos, ha de por força desconhecel-a, a menos que a obser-vação e a experiencia cedam logar a emana-ções subjectivas, a fantasmagorias de creação sobrenatural, dessas que ao começo das civi-lizações inevitavelmente occorrem.

Os factos sociaes têm. portanto, assedio

em muitas sciencias, e por isso mesmo que os phenomenos economicos, moraes, políti-cos e jurídicos se interpolam, conglobando-se, e da mesma veia, em borbotões, varia-velmente fluem, é que podemos attribuir ao aferro, ao amor da independencia causal, vulgares nas dissertações eruditas de an-tanho, o muito que tocou ao direito na me-taphysica deshorada de outros tempos. Faz-se mister relevar nos factos jurídicos, não o caracter de « pura vontade divina », senão o de factos naturaes, intensamente complexos, cuja pesquiza varias sciencias particulares se arrogam :

I. A anatomia jurídica, em que se hão de classificar os direitos, conforme cada um dos elementos anatomicos (titular, objecto e su-jeito passivo) e analysar cada um desses elementos;

II. A physiologia jurídica, estudo das relações existentes entre elles, como a pro-tecção e a coacção, e das seriações conforme a natureza das relações e acção maior ou menor dos sujeitos;

III. A psychologia jurídica, emfim, cuja missão é examinar scientificaraente os actos

psychicos « jurigeneos », quer produzidos pelo titular quer pelo sujeito passivo, serial-os, e classificar os direitos conforme a natu-reza intima ou apparente desses factos.

Assim no organismo dos direitos, em que effeitos e causas se entretecem, como no organismo animal, a separação da physiolo-gia e da psychologia é subtilissima...

Para que se conheça uma sciencia, não é mister sómente explicar os seus factos á mercê da techníca e dos argumentos logicos, senão lhe copiar os contornos, destramar, pela experiencia, fio a fio, o tecido de seus phenomenos. A esse trabalho rigoroso, po-rém, raríssimas se prestam no momento actual, e muito embora, graças a Wundt, Yerkes, Ebbinghaus e toda uma porção de psychologos allemães, americanos e francê-ses, a psychologia viesse a ser uma sciencia experimental, não me fora possível, á sim-ples força de vãos desejos e argucia de que, aliás, me não posso envaidar, expor uma dis-ciplina, como a de que apenas ligeira disser-tação me propuz, ao clarão de luzes tão in-tensas que vão doirando as sciencias de refulgencias tão duradoras e tão firmes.

O methodo, graças ao qual enfileirei as observações, os argumentos e premissas de

vario feitio, emana do intuito capital que me moveu a tal empreza : — explicar, a breves traços, uma serie de phenomenos, reservando-me para mais tarde, em trabalho de fórma definitiva e systematica, a analyse psychologica de todo o corpo jurídico e de todos os phenomenos que por ventura se expliquem, e se esclareçam, por completo, ou em fibras, pelas leis da psychologia jurídica, Era força que a maioria das paginas, talhadas como se parecera mais logico, deste e dos capítulos seguintes, se dedicassem á pesquiza systematica do costume, que é, nos factos, a origem das leis, sobre ser, em methodologia, o alicerce de toda a investigação scientifica de direito. Fil-o á saciedade, não com a [precisão e clareza que seriam necessarias, nem a colheita erudita de theorias que asso-berbam as monographias sobre costume juridico, principalmente na vasta literatura da Allemanha, onde tudo assume propor-ções de colosso, desde os trabalhos de Puchta, Savigny e Beseler até os de Kohler, Brie e outros modernos esgrimidores da sabe-doria jurídica, repositorios de sabias infor-mações e provas inestimaveis da perspicacia voraz dos estudiosos europêos da sciencia das leis.

senão Kohler, Miceli, Geny, Mantia e outros trouxeram, em porção, ás indagações sobre costume, raramente apercebidos dos recursos que a psychologia a este proposito prodigamente fornece á scicncia jurídica.

A psychologia collectiva, ainda hoje, poucas pessôas a tem em conta de sciencia, intentando estudal-a, na porfiosa diligencia de colher-lhe os phenomcnos, e esses escriptores mesmos, pela deficiencia de dados e incerteza de methodos, coagulam de onde em onde hypolheses discordantes e requintadas, logrando ao muito urdir as condições, copiar e explicar, em lanços de observação feliz, alguns factos, que sobem á tona de visão ligeira e fácil. Orçam cm pouco mais de tres dezenas, se estou a este respeito bem avisado, os que se reservam entalhar a psychologia das raças, das seitas, das multidões, ou, sob condições analogas, se entregam o destrinçar afanoso das fontes jurídicas, das crenças, dos movimentos de solidariedade, compondo, com effeito, o mais solido cabedal ao desenvolvimento da psychologia collectiva : ora é o apuro e a galhardia com que Ardigo, Carie e D'Aguanno, sem deslembrar lhering e o proprio Wundt, versaram problemas desta scicncia, debuxando a historia

dos institutos juridicos, compondo systemas novos de philosophia do direito, ou, como aprouve a um provecto docente de Palermo, em formoso trabalho sobre o problema das fontes, extremando a sciencia jurídica e a psychologia social; ora o afinco e a sadia te-nacidade de que se apercebem Eulenburg, e, não menos brilhantes, Tarde, Bos, Sighele e Le Bon, envidando esforços por que o quadro da confusa psychologia dos grupos sociaes, em seus mal-sustidos enthusiasmos, no flu-ctuarde seus pareceres, ou no carcere de suas convicções enraizadas plenamente se esboce. Os esthetas, de egual a egual, tentam cons-truir, por exemplo, a psychologia musical, e surgem, carreando subsídios a tão fadigosa empreza, Villanis e Lalo : o que se chama psychologia, entretanto, não é o estudo da « musica em si », como pondera elegante es-criptor, mas « em seus effeitos psychicos », — não é a colheita de leis a que obedece a harmonia dos sons e do silencio, mas a in-vestigação das emoções que a produzem, dos sentimentos que a determinam. Cabe-lhe ainda mais medir os effeitos auditivos das ondulações sonoras, que de certo modo co-piam as emoções primitivas*, revigorado na consequência a virtualidade da causa, como

a memoria que vai lentamente recordando as coisas, seus aspectos, seus caractéres e defeitos, até cxtrezir o corpo que reflectira, adereçando-o de artifícios novos que a associação concede, gizando-lhe as formas, relembrando o momento, tonalizando-lhe as cores...

I

A vida mental é um continuo processo de assimilação e de desassimilação de sensações, de imagens, de raciocínios apurados, de convicções fundamente gravadas, de duvidas mais ou menos espargidas, de idéas que se multiplicam e se fundem, enflorando todo um mundo de concepções, de preconceitos e contrastes, e projectando-se, internamente, como poderosa energia accumulativa e uniformizadora. Acantonam-se, na vida mental, impressões que se dissipam ou despertam além, como reminiscencias que se semeiam, pontilhando as épocas; mesclam-se-lhe influencias varias, sentimentos vulgaríssimos e repetidos, que o contacto dos similhantes impõe e determina ; dispersam-se as idéas, as definições fluetuantes e, por vezes, os conceitos generalizados que se entremettem, de envolta com os methodos de estudo, os recursos de meta-

physica e de logica com que, mercê dos processos varios de ideação e exegese, forcejamos por oonhecer os homens e as coisas.

Assim a vida da sociedade. Ás idéas a este respeito, de Schälfle e de Lilienfeld, podem com proveito succeder as de Worms, Stammler e Gumplowicz, acolchetadas a conceitos de Tarde, Kuhlenbeck e Durkheim.

Existem uma memoria, uma attenção, uma logica e um ideal collectivos, como ha na sociedade um organismo suigeneris, e existem, outrosim, memoria, attenção e logica individuaes, constituindo o eu, ou o que, sob o senso moderno da expressão, chamamos espirito. No intimo desse processo, assim psychico como social, de creação e de morte, a que tão bem se affazem as caprichosas theorias de evolução que pullulam, enramando-sc em methodos especializados, ha a effectuação darwinica das transformações, ou das mutações typicas, caracterizantes e profundas. Isso, de eerto modo, evocando Darwin e os conjecturadores de novas theorias evolucionistas, recorda necessariamente J. M. Baldwin e De Vries.

Sendo a psychologia geral uma sciencia nova, se attendermos ao tempo em que foram gizadas as suas fronteiras, e uma parte da

sciencia universal, em que mal se diluem, por agora ainda, as trevosidades e obscureza dos phenomenos (1), não ha surpreza em vermos a psychologia jurídica, mal aconchegada nas analyses esparsas, sem apparencia de disciplina autonoma. Entretanto, em que á austereza de alguns escriptores pése, ambas merecem, como sciencias, regiões proprias e classificações que lhes esclareçam os factos. O direito e a psychologia, sendo limitrophes, prendendo-se entre si, quasi sempre, pelo encadeiamento causal e interpenetrações de phenomenos, existindo problemas jurídicos, a que se fazem necessarios, para explicação inteira e precisa, que se intente, dados e experiencias manadas da sciencia do espirito, já nos é licito estabelecer as bases de uma psychologia jurídica, des' que na sciencia do direito, amiudadas vezes, occorre ao pensador descortinar questões psycho-juridicas, que se adensam, de si mesmas, numa extrema complexidade. Podemos até affirmar que a psychologia geral, — exposição systematica de

(I) RICHET. *Essai de Psych. générale.* I910. WORMS. *Psychologie collective et Psychologie individuelle,* em *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques.* WUNDT. *Volkerpsychologie.* 1900.

todos os factos psychicos, de seus elementos e effeitos, — synthetiza as disciplinas varias do espirito, a psychologia individual, das raças, jurídica e demais, como a chimica geral condensa em si, de certo modo, a chi-mica physiologica, mineral e as que se-guem.

Ha muitas leis sociaes, ou assim inculcadas, como haveremos de mostrar, — que pertencem mais a psychologia jurídica, do gue á serie de phenomenos, — mero abysmo medeiando entre a sciencia d'alma e a sociedade, — a que Emile Durkheim denomina, dando-lhe autonomia indebita, — a socio-psychologia (1).

Surge-nos, de caminho, uma interrogação opportuna : que é a psychologia jurídica e quaes os seus factos e leis empíricas?

E' o de que irei dissertar proximamente.

A definição que se pretendesse formular, compondo phrases, da simples observação geral e deficiente, não seria boa, nem o poderia ser: teria, ao certo, o defeito que possuem todas as definições, por mais que se lhes

(t) DURKHEIM. DE *la Division da Travail* ***Social.*** 1902, **p.341**

possa notar exacção e firmeza, defeito inherente á formação verbal de um conceito preso á formula de enunciado, sem circumstancias, sem o cabedal fertilissimo das analyses; e a difficuldade que se antolha, quando se commettte definir a psychologia geral, espelha-se similhantemente, mais nítida, mais into-lerante, mais peccaminosa, na sciencia que presentemente estudamos, por isso que é mais particular, secundaria, cheia de factos demasiadamente complexos, e a em que, sob a singeleza dos phenomenos fugidios á observação directa, os mais altos problemas se enfrentam, e os mais revessos, esses, dentre todos mais obscuros, que nas scienciassociaes se estendem e se cravejam. Todavia é possivel, quando se não diga de ampla utilidade e proveito, aferir a importancia da psychologia quando illumina o direito, e conceitual-a, peste passo, como o estudo systematico dos phenomenos que, em se originando no espi-rito individual ou collectivo, produzem fac-tos jurídicos ou impõem ao organismo do direito a copia de suas condições característi-cas. Mais além, quando referirmos a forma-ção dos direitos, conforme a nossa theoria psychophysica, teremos occasião de explicar melhor o que dissemos ha pouco. Portal,

Lambert e o russo Petrazycki (1), em ideas, aliás, entre si, de quando em quando discordantes, falam de uma politica jurídica, a que por egual allude Sokolowski. Le Bon refere a psychologia politica, que é, a seu parecer, o conhecimento dos meios que permittem o governo util dos povos. E' mister digamos que tanto a politica jurídica de Petrazycki, quanto a psychologia politica de Le Bon, erectas sobre a psychologia individual, das raças e das multidões, são apenas sciencias precursoras do que denomino sociologia juridica, não em sua amplitude, mas em cer-tos problemas, que a taes disciplinas se concedem.

Resta-nos saber, desde que já debuxamos uma definição provisoria, porque antecipada, de psychologia jurídica, quaes os factos estudados por esta sciencia. Muito embora alguma luz exista na classificação entalhada anteriormente, na parte preliminar deste trabalho, conturbam-se-nos as vistas de analyse. A discussão sobre que sejam factos psychicos e factos socíaes persiste, não como simples

(1) LAMBERT, OP. cit., p.842. Le BON. LA *Psych. politique.* **1910, p. 6. SOKOLOWSKI.** ***DIE*** *philosophie im* ***Privatrecht, 1902.***

rusga futil de expressões, mas de importan-cia irrefagavel : não é sómente uma peleja, em que Durkheim e Tarde se empenham pela acquisição do titulo verbal, graphando imi-tação onde o outrb escrevera repetição so-cial, senão um problema de maximo inte-resse, pois onde o primeiro vê a sociedade dominando o individuo, o ultimo depara factos psychicos engendrando factos sociaes. Um pensamento que se encontra em todas as consciencias particulares — escreve Dur-kheim — um movimento que todos os indi- viduos repetem, não são por isso factos sociaes. Cada facto social consiste numa tendencia ou numa pratica que é a do grupo tomado collectivamente e outra coisa que não as formas sob que se reflecte nos indivíduos. » Â esses assertos, oppõe Gabriel Tarde : «... como se poderia reflectir antes de existir, e como poderia existir fora de todos os indi-víduos? A verdade é que uma coisa social qualquer, um vocabulo de uma lingua, um rito religioso, um segredo de offfcio, um pre-ceito d'arte, um artigo de lei, ou uma maxima de moral, se transmitte e se passa, não « do grupo social tomado collectivamente » ao individuo, porém de um individuo a outro individuo ». Não procede, porém, em parte,

a critica de Tarde : o facto social é effectivamente uma pratica ou uma tendência e pode existir, em muitos espíritos, no mesmo instante, um movimento, sem ser por isso um facto social. Obsessão sociológica, não se ha assoalhar na opinião do eminente Durkheim, nem desprezo indebito á sciencia do espirito, que será forçosamente a sciencia do futuro, dando normas á critica e ao romance, como estimúla o theatro desde Sha-kespeare.

O que caracteriza o facto social não é, como pensa Gabriel Tarde, a imitação, pois os actos psychicos, associando-se, visceralmente se imitam, salvante se ao vocabulo dessemos o epitheto de social, o que seria em-pregar termos nimio vagos e sujeitos a inter-pretações perigosas, porque redundantes : melhor seria dissessemos — a generalização pela synergia —, pois, embora houvesse o despudor de um neologismo, seriam expres-sões adequadas, que trazem em si a idéa neces-saria de interdependencia psychica. A repeti-ção imitativa, ou reproducção por contagio, é um simples processo de socialização, nunca o facto-novo das sciencias sociaes. Uma coisa é imitar, outra é generalizar... Certo é que, para a socialização de um acto psychico, é

mister que a imitação o reproduza, pois se o contagio não é, como queremos, o facto característico, é o processo imprescindível, a razão mesma da existencia dos factos sociaes. E demais o vocabulo — synergia — que se deve a Mazel, significa melhor que a palavra imitação : é até mais proprio, o que assignalaremos — dizendo com Durkheim — « para que os homens se reconheçam e se garantam mutuamente direitos, é preciso que se amem (1) », ou, segundo as theorias de poli-tica civil de Petrazycki, — era necessario que os homens tivessem uma « luz ímmovel»,que os guiasse no borborinho incessante das transformações da mentalidade dos po-vos. Gumplowicz dirá que esse pharol é a lucta, ao passo que o outro pensador russo o attribuiu a um sentimento primordial e con-fuso, o amor. Eu, de mim, accrescentarei, estribado em dados de psychologia e histo-ria das raças, que a força intima, una em sua mutabilidade, assim no espirito individual como no espirito collectivo, *é o* ideal, sob as formas multiplas que possue e aspectos varios sob que se crystaliza. Aceitas que sejam taes ideas, poderemos

(I) DURKHEIM. *De la division da travail social.*

definir, em summa, os factos psycho-juridicos, mixtos de factos sociaes e de factos da mente, e que constituem o campo da disciplina independente que é a psychologia jurídica, como os factos psychicos, indivi-duaes ou collectivos, que, alcançando a esphera social, causam ou excluem relações de direito. Todos esses factos, porém, não são do mesmo porte nem da mesma feição, e não operam egualmente no centro social, exigindo as mesmas causas, as mesmas con-dições e o que os juristas epithetam — mes-mas virtualidades « finaes. » A usucapião, a venda, a prescripção e a emphyteuse não se confundem, cada qual possue um elemento individuante, estudado ora pela anatomia ora pela psychologia jurídica. A usucapião-e a prescripção, por exemplo, que se oppõem de certo modo, mas coexistem pela concordancia e correspondencia de effeitos, sómente na psychologia jurídica podem encontrar analyzes precisas, não sómente porque na memoria psychologica é que tem uma seu fundamento, como a outra na necessidade individual e collectiva, senão porque as leis, productos da experiencia e da cultura, le-vando, por exemplo, á conta de suspenção os annos da impuberdade e outros mais, em

que *se* suppôe negligencia forçada (como, a respeito dos conjuges, nas acções entre si.), operam justiceira e philosophicamente, não como resultado barbaro de imitação despenda, mas pelo costume e pela intelligencia individual, que se imita, tornando seus habitos instrumentos de Uberdade e justiçadores das acções humanas.

E é tão certo, tão iniludivel, o poderio da psychologia juridica e a utilidade de sen estado em taes questões, que o podemos verificar a cada passo, de onde em onde, por todo o emmaranbado rodo da floresta do Direito.

Só cm factor commum existe entre os factos juridicos — o processo identico, contendo em aí dons elementos, psychico e social. A preseripção, qne é a consequencia jurídica do deshabito. ou, melhormente. o resul-tado jurídico da vontade individual que, em se afastando, pelo desuso, da coisa ou do direito, se manifesta por mal de si mesma, não é, como talvez se conjecture, uma aber-ração, por ser, não produeto de actos, mas da inexistencia de actos determinantes. A prescripção não é a causa, mas consequencia, como todos os factos jurídicos invariavel-mente o são. E' mister procurar o factor psy-

chico, que a produz, quando se combina com o factor social. A vontade individual só por si não produz actos juridicos, como no-tara Duguit, mas c se o acto da vontade indi-vidual é determinado por um fim social, se é conforme a regra de direito, o effeito se produz como consequencia directa da applicação da regra jurídica » (1). A prescripção, como deixam entrever as palavras supraexaradas do douto conferencista, possue um elemento similhante ao de todos os outros actos jurídicos, o elemento social, a regra jurídica por melhor dizer. Não é o tempo, esphinge aldravada com rouparias fantasticas, que traz a morte á relação de direito, desbotando-a, como descora os caracteres aos documentos envelhecidos, mas a sup-posta renuncia, a presumpção legal da pena executada, ou, melhormente, a lei psychologica do esquecimento, que a experiencia pessoal foi lentamente revelando ao homem. Entre os dois elementos, a que alludimos, ha ainda um elemento novo, característico, que é ahi a ausencia da affirmativa individual de posse : tem o valor das quantidades negativas. Além da communidade, que os elemen-

(1) DUGUIT. L*e droit social., 1*908, p. 71.

tos psychico e social motivam, ha ainda a imitação e o contagio entre os factos jurídicos, caso subtilissimo e interessante que no direito de quando em quando se enfrenta : a emphiteuse, tomada ao azar, é amiude, tanto philosophica quanto historicamente, uma creação imitativa, que adquire razão de ser e feição jurídica assimilando-se aos outros phenomenos, que escorrem da sciencia do espirito onde se elaboram e se fazem e cahem no domínio das leis, onde podem aquistar propriedades novas, dando venia a que existam, por vezes, monstros na historia das sociedades humanas como na historia das especies animaes (1). Observações de egual valia e caracter poderíamos colher a respeito da propriedade em seus varios ramos, é, miudeando factos, a respeito de usufructo, servidões e habitação.

Sob ponto de vista differente, Tarde, após Summer Maine, attribuiu á imitação importante mister no evolver das instituições juridicas, e Edmond Picard, considerando exaggerada a importancia que lhe dá o sociologo francês, atacou o seu parecer, sem con-

(1) LAMBERT. *La Fonction du Droit cie. comparé. 1903*, p. 548.

fessaveis vantagens. No que se refere ao que aventei anteriormente, encarando a sós os pheno menos jurídicos, que não através da desenvolução historica e adaptação progressiva das instituições, não lhes deparei ainda o que denominei contagio entre factos juridicos. Nos livros de literatura jurídica, que perlustrei, não se me azou ensejo de encontrar referencias semilhantes; mas outro fundamento não tem a interpretação por analogia, embora Savigny assoalhasse < a consciencia interior do direito », coisa imperceptível e annuviada, como base de toda a analogia, e Geny, por outro lado, á cata de um principio sociologico, se aproximasse, sem perceber, de taes factos imitativos que entre si se influem os actos de direito. E' por isso que a logica jurídica, — como a da lin-guagem, conforme pensa Bréal,—não é a ana-logia : ha, apenas, entre os elementos jurí-dicos, como entre os elementos linguisticos, a egualdade de typo, a analogia de effectua-ção, que o processo imitativo forçosamente suscita. Uma questão, em summa, de causalidade.

II

O acto psychico intencional, promanado de um individuo juridicamente capaz, é o germen dos phenomenos jurídicos. Todos os direitos, individuaes, políticos, ou mera-mente contractuaes, são produzidos por um plasma psychologico, sem o qual absolutamente não existiriam. Parecerá a muitos ousa-do dizer que, fóra de nossa classificação dos factos psycho-juridicos, não ha direitos independentes, isto é todos têm ali plasmas germinativos que lhes correspondem. Será facil esclarecermos opinião tão audaz, desde que tenhamos analysado os elementos physiologicos que entram na composição de um direito, e observarmos assim direitos de propriedade, emphyteuse, penhor, venda, etc., como direitos políticos, voto, elegibilidade e outros mais, da feitura da menoridade, cujo elemento physiologico é a protecção.

E' o de que mais além largamente tratare-mos, reservando-nos agora uma simples exposição e ligeira critica de theoria. O facto intencional já lograra de escriptores emi-nentes importancia e interesse, e entre elles Texeira de Freitas ja dizia, em **I**865, que a simples manifestação da vontade era o titulo de adquirir, ao passo que a posse, a tradição, o facto natural, era o modo pelo qual se adquiria. Tal opinião, tomada que fosse literalmente, quadraria perfeitamente com o nosso parecer, se lhe não deparas-semos além, imprimindo significado diverso, advertencias desse teor : o facto intencional « produz o direito pessoal sómente », e o direito real, produl-o a tradição, a posse; t e por tal maneira, * redargue o provecto jurisconsulto, « ficam estas duas classes de direitos bem discriminadas em sua propria nascença » (t). A verdade, porém, está a nosso lado, e por tal modo que o douto con-solidador das leis brasileiras logo em se-guida se deixa levar pelo encanto de um asserto contradictorio e compromettedor se o direito pessoal pode existir sem a

(I) T. FREITAS. Consolidação *das leis Civis,* I865, p. CXLVIII.

tradição, e sem o direito real que ella opera, a tradição ao contrario só por si não con-fere o direito real, visto que sempre suppõe *(causa praxedens)* o direito pessoal com a sua correlativa obrigação de transferir o domínio. »

E' nossa melhor defeza. Cumulemos, po-rém, outras razões, suscitando, prestesmente, assumpto de maior monta. O meio de que se valem os juristas por fixar a divergencia entre direitos reaes e pessoaes, allegando não haver nos primeiros o sujeito passivo, não tem cabida, nem exacção doutrinaria, pois que esses direitos possuem por egual um titular, um objecto e um sujeito passivo, em cuja largueza e vastidão de conceito é força conceder : differem apenas em que o direito pessoal possue o sujeito passivo obrigado a materializar o objecto, isto é, dar-lh'o dire-ctamente reflectido na coisa, e o direito real, ao revez, já o possue materializado. O phe-nomeno especializa-se, requinta-se por assim dizer, no direito economico, quando se trata dos títulos ao portado»; e justifica-se bem, desde que se tenha a lei como instrumento que torna a liberdade de todos compatível com a de cada um, como se conceitúa, de vez, segundo Kant, Rettinghausen e Ler-

minier. Procurando expôr, de. relanço, a paridade que existe assim em doutrina como nos factos, escreve Demolombe, na linguagem limpida e incisiva que lhe depura o estylo, que tal separação se encontra fun-dada nas « condições constitutivas diffe-rentcs » da existencia desses direitos : o direito real é para elle um direito absoluto, conforme as disposições da terminologia dos juristas, ao passo que o direito pessoal é relativo, como se o devedor se não confundisse, até certo ponto, incluído como o individuo nos grupos sociaes, com o su-jeito passivo dos direitos reaes — a socie-dade.

Após o que referimos, é força dizer, em summa, que esses direitos não representam especies, como modernamente aceita Edmond Picard, mas duas phases existenciaes, dous momentos varios na vida dos direitos : um — em que o sujeito passivo se obriga a materializar o objecto jurídico, o outro — em que esse elemento anatómico já se depara directamente na coisa E' mais uma razão para dizermos que no direito ha organismos que nascem, que se movem, crescem, multiplicando-se, transformando-se, e, no anniquilamento das partes que se desintegram, mo-

vediças e dissociadas, desbotando pouco e pouco, ou subitamente morrendo...

Anteriormente sobretecemos ao exame dos direitos reas e pessoaes uma ligeira dissertação acerca dos actos intencionaes, que são os geradores dos direitos, dando a enten-der que mais adiante trataríamos profundan-do melhor o assumpto. Ainda não se nos aza ensejo, mas diremos alguma coisa desde já a respeito de um dos problemas mais em moda no direito das obrigações, — a theoria da vontade unilateral, largamente explorada p'elo brilhante espirito de Worms numa these de doutoramento.

Era vulgar, entre os juristas (**I**), dizer-se, como razão era, que as obrigações derivam da lei ou do facto humano. E não havia admi-rar dissessem assim as summidades jurídicas, pois era racionavel o asserto com ser accommodaticio a umas tantas ideas que possuíam, falhas e desconcertantes, e a que os mais assisados se não forravam. E diziam-no convictos, como se a lei só por si, sendo o elemento social, podesse formar direitos sem

(**I**) PACIFICI-MASSONI. I*nst. de Diritto Civ. Italiano.* **I**886. IV, p. 41. GIANTURCO. *Inst. di Diritto Civ. Italiano.* **I**854, § 54.

a concurrencia germinativa do factor individual.

Melhor do que discussões e premissas demolidoras, que nos aflorassem á mente, fala a classificação dos factos psycho-juridi-cos que se contem na primeira secção deste ensaio. Só os factos mesmos, em sua eloquencia moderada de suggestões, podem evitar os dissabores de uma demanda em prol de uma theoria opposta, cuja questionabilidade, sem elles, seria evidente, inevitavel e fraque-ante.

Peccaminosa fantasia que espíritos de alta valia alentaram, teve no domínio da philosophia dos juristas um succedaneo insigne, pela fineza e longura de vista. Dos resquícios da doutrina antiga se abrigaram; mas, soprezando nos actos « jurigeneos » uma parte, insularam-na, a ponto de consideral-a cau-sa de obrigações, formando com o con-tracto, o quasi-contracto e os actos illicitos, as quatro causas que se alçam como taes. Sur-gia assim pelo resultado de subtilezas capri-chosas, a vontade unilateral desgarrada como cansa geradora de obrigações, até que Siegel, Tarde, Worms e, entre nós, homens da pôlpa de Clovis Bevilaqua e Carvalho de Mendonça a quizessem aforar em theoria, e, longe de

avantajarem as novas ideas e provas ás do systema antigo, conservaram-lhe um brilho facil que ligeiramente se desbota á observação esmerada dos faetos. Deixaram-se persua-dir com delicia e brandura, sem se esforça-rem pelo predomínio da doutrina, em prol da qual litigavam com os pugnadores de antigo molde e estylo. A outros, mais descui-dosos, educados na escola antiquada, fasci-nara-os o clarão da novidade gritante. Aceitaram-na e contradisseram-se flagrantemente. Enlearam-se e ficaram a destramar com esmero, e a recompor em seguida, exímios, o tecido novo de suas asserções afoutas.

Um dos nossos escriptores, homem de prol em coisas de direito, embora houvesse escripto, a rodear, mãos dadas a Comte, o assumpto, que o contracto « só se considera perfeito após o encontro das vontades das partes contractantes », não resistiu á corrente moderna e ostentosa que alvoroçara todos, e aventurou-se a dizer que o principio ante-riormente estabelecido, < como tudo no mundo, não é absoluto > (**I**); revidou após, mais de rijo, contra a doutrina anterior e, fir-

(**I**) CARV. DE MENDONÇA. *Doutrina e Pratica das Obrigações.* **I908,** p. 8-842-**855.**

mado em pureza moral crescente, admittiu, discípulo de Worms, a vontade unilateral, aldravada como theoria : < não é só o concurso das vontades que gera a obrigação », mas egualmente a emissão de uma vontade unica.

O erudito Dr. Clovis Bevilaqua, que transplantou para cá a theoria faustosa, dando-lhe o fulgor discreto que seu espirito possue, não está isento de reparos similhantes (**I**). Em discorrendo, por exemplo, de títulos ao portador, o grande jurista refusa todas as opiniões existentes, de Einert, de Goldschmidt e outros, principalmente porque se com estes pensasse ou, com os mais notaveis commentadores italianos, tivesse que o contracto só é valido no momento da aceitação, destruiria a doutrina e não aceitaria os títulos ao portador como declarações unílateraes da vontade, consoante opina o douto professor. Uma interrogação unica destroe, com facili-dade, o seu parecer: sendo a vontade unila-teral causa geradora de contractos, pode exis-tir obrigação no caso, por exemplo, dos tí-tulos ao portador, sem o encontro de outra

(**I**) CLOVIS BEVILAQUA. *Direito das Obrigações.* **I**906, P.a34.

vontade? Não ha fugir á negativa. E negar, na pendencia, equivale a proferir sentença contra a classificação nova de causas de obrigações, que a theoria de Worms e Tarde nos delineara. Para todos os contractos, porque se integrem, faz-se mister o consenso, que se manifesta, diz Pacifici-Mazzoni, « de uma parte com a offerta ou a promessa de um contracto, de outra com a acceitação desta offerta ou promessa (1). »

O titulo ao portador é um contracto celebrado com os que concorrerem, após a proposta, com o elemento de outra vontade, que o integralise. Egual argumento poderia com vagares ser feito no tocante á promessa de recompensa, aos titulos a ordem, etc.

Passemos, porém, á analyse dos actos voluntivos geradores de direitos, tentando, mais ao deante, em remate, uma formula accommodatícia da adaptação.

Explicando opiniões de Ihering, escreve Geny que « todo o movimento da vontade depende de um fim marcado a sua acção » e, tendo a « organização juridica, por materia essencial, as operações da vontade humana »,

(1) Pacifici-Mazzoni. *Ist. di Diritto Civ. Italiano* 1886, vi, 4; Demolombe. *Cours de Code Napoléon*. xxxv, 32.

é facil adduzir que « essa organização deve ser inteiramente dominada por fins praticos. » Estamos, máo grado intento diverso, perante curioso exemplar de proposição verdadeira engenhosamente arrancada a premissas falsas, pois o movimento da vontade não depende directamente do fim que possue, senão da causalidade mesma a que um e outro obedecem. A lei da finalidade, que alguns pensadores se permittem formular, tanto em linguistica quanto em direito, em economia como em esthctica, não se admitte, nem se poderia admittir, sem o alicerço da causa, por isso que é a razão natural e positiva das coisas. O concepção, um pouco abstracta e confusa, que o poderoso auctor do « Espirito do Direito Romano » enroupa com o vocubulo « fim », poderia vestir-se melhor, corrigindo exaggeros confessaveis, com a palavra « necessidade », que se attrae a idéa de formação causal. Em todo o caso, a finalidade, tirada á mole immensa dos assumptos, tornou-se o prégão moderno das dissertações eruditas sobre evolução juridica.

Julguemol-as. Desde que no espirito se deparam occasiões de examinar a finalidade de certos actos não ha admirar exista no direito, determinada e explicavel, consti-

tuindo, até certo gráo, a essencia mesma das leis, sempre preventivas com serem elaboradas por uma funcção social. Richet opina que tanto a lei da localização quanto as que registam actos reflexos, têm um caracter digno de relevo: estar em harmonia com as necessidades vitaes do organismo.

Egual devera ser, em sciencia jurídica, o conceito da finalidade, que tem sido por muitos escriptores, ao revez, erroneamente aventado, por um lado devido a uma tendencia que descurou da propriedade verbal, por outro ao sabor de certos deslises e arremessos.

Ha finalidade nas leis porque sendo determinadas pelas condições varias da vida social, a que de certo modo se adaptam e regulam, resumem em sua funcção as necessidades do corpo collectivo, completam-nas, ora com a inserção de elementos novos na série normal dos estados sociaes (Novicow), ora com o auxilio do aperfeiçoamento funccional, equiparando á ordem a mediação do esforço. E' o em que se contem a verdadeira funcção da lei, — restauração explicativa, synthetica e verbal dos processos naturaes (finaes) de operar a ordem, actuando o decem-plicar das energias progressivas. O reconhe-

cimento dessa funeção e finalidade da lei, é a causa da apparição do methodo psycho-social, que o saber moderno,' provindo de sociologos russos, de pensadores, scientistas e psychologos allemães, italianos e francêses, vai impondo ao direito em todas as partes, em todos os institutos, na maioria dos phenomenos.

Todos sabemos que a inclusão do homem no grupo social, embora lhe dê modelo novo, se esmera em dar-lhe por egual o poder de individuar essas transformações, por modo que o ente possa assimilal-as a si, modificando o jugo a que as condições sociaes o entregaram, transformando o poderio extranho que lhe impoz o contagio mental. Não ha negar a certeza disto : resalta á face mesma dos acontecimentos. A reciprocidade inilludivel entre as leis sociaes e o homem, o que importa dizer entre a sociedade e o individuo, firmou-a Lambert, estribado em Deslandres, na impotencia do legislador para mergulhar em plena utopia, e seu aferro, mesmo insconsciente, ás influencias sociaes, e, por outro lado, na collaboração incessante da pessôa.

Seria facil de assignalar o que ficou exarado, assim no mundo vegetal em que as formas e a plastica exquisita se individua-

lizam, fazendo-o o mais elevado na evolução morphologica, como no mundo animal, principalmente humano, superior no progrediraento psychico. A floresta, na variedade que possue de formas e de cores, modifica o meio, ao passo que este, por seu lado, lhe impõe a exuberancia, a verdura e o imprevisto dos contornos.

Podemos entalhar o que dissemos em tres premissas, de engaste synthetico, bem ao corrente de opiniões de sociologos como Worms:

I. A existencia de tres caracteres de adaptação no mundo social como na vida organica, continuidade, reciprocidade e variabilidade;

II. O equilíbrio da reciprocidade como causa da existencia normal, e a ruptura dessa pendencia, pura variação anormal, produzindo na psychologia social, como no mundo organico propriamente dito, os estados pathologicos;

III. A adaptação como factor da divisão do trabalho, que é só por si a forma mais nítida e mais definida do progresso e, ao mesmo passo, a causa efficiente da solidariedade.

Ha, em resumo, uma especie de conver-

gencia tenaz, anteparo de energias divergentes, que se levantam reprezas e que se chocam, na paridade fluctuante de duas funcçôes principaes, que penetram a evolução dos seres e dest'arte se resolvem e se equilibram, sem que a tarefa individualizadora, quasi nunca equivalente, se destrúa e se anniquile. A formula da adaptação, portanto, poderia ser expressa, attenta necessidade que existisse, como que a estortegar, quando, em se representando por s a força do ambiente, *i* o rechaço individual, e *e,* finalmente, os elementos extranhos de menor monta, se cravejasse numa equação :

$$a=s—i+e.$$

III

De todas as partes da physiologia social, fóra de qualquer duvidas, o direito occupa, senão o mais poderoso, o mais vasto campo ás pesquizas sociologicas, que se entornam de mingua, quando não ha a veia de uma sciencia particular que envide, a principio, os elementos principaes : na desenvoltura dos institutos, nas formas várias de solida-riedade, no escandir a verdadeira regra jurí-dica, vai ao pensador e scientista o amplo en-cargo de comprehender, interpretar e conhe-cer o dynamismo intimo e as manifestações exteriores da sociedade, ora nas leis, nas decisões arbitrarias e condemnadas dos indi-víduos, ora nas variedades de associação, nos matizes de justiça, de vicio e de erro, que constituem uns — a serie constructiva, outros — a serie destructiva ou pathologica das organizações. Da-se ao sociologo, dest'

Rute, restolhar, insular e escandir as verdadeiras causas dos phenomenos.

Já em 1886, Roberty escrevia que na historia do direito, interpretada de modo scientiíico, se tinha, até certo ponto, uma espe-cie de museu social. De feito : que são as leis, que refreiam e limitam o proceder hu-mano, amoldando-o aos actos anteriores, contornando-o a bel prazer da sociedade ? Firmado em taes ideas, que rescendem á boa corrente moderna, foi que Josef Kohler, um dos maiores nomes da sciencia jurídica na Allemanha de hoje, eximiamente a definiu : (1)«... eine durch die soziale Natur des Menschen in sozialer Weise gegebene Zwangsordnung der menschlichen Lebensverhãltnisse. » E é, effectivamente, pela natureza social do homem, que a coacção das condições existenciaes se opera, muito á mercê do desenvolvimento do saber collectivo e da cultura social, no senso mais amplo que as expressões envolvem.

As creações lentas ou promptas formações de regra jurídica, que amiudo borbotam, mal-

(1) ROBERTY. ***La Sociologie.*** 1886, p. 7. Kohler. ***Einführung in die*** *Rechtswissenschafi*. **1908**, p. 1-3.

leaveis, affeitas ao evolver vital, na esphera do direito, explicam-se pela mesma maneirai que em linguistica se esclarecem os significa dos das palavras, as construcções de phrases, apropriadas a uma língua ou geralmente se-guidas, e todas as incrustações semanticas, privativas ou communs, que se constróem de resquícios varios, indiscerniveis, elaborados psychologicamente, socializados pela repro-ducção imitativa, ampliados por mercê de abstracção e desenvolvimento de cultura, que é factor de grande porte assim em direito como em linguistica. Se havia razão Charlton Bastian, pensador e sabio, cujas dou-trinas se me afiguram quasi sempre sanissi-mas, para dizer que a linguagem, pelo uso, é o grande processo de concepção pelo qual se alcançam as noções geraes e abstractas, for-mações logicas de valor psychologico e linguistico, é-nos possível affirmar que a lei,: pelo habito ou pelo contagio, é o factor magno e a condição mesma para que se estabele-çam e se tornem possíveis as relações de communidade de existencia, deidéas, de com-mercio, de prazer e tantos outros contra-ctos interpsychicos meramente novos e im-previstos. Seria, porém, de certo modo, baralhar causas e effeitos, sem conhecença

genuína a que nos guiassem analyses precijsas, e nenhum erro, ao parecer de Nietzsche, exímio bavalhador de causas e de effeitos, é mais perigoso e minaz que o de confundil-

08...

Do mesmo modo tambem que as palavras nascem subordinadas a mudanças, as leis surgem com a mesma força psychica, que lhes assoberba a energia, e com o mesmo vigor que lhes determina a finalidade. Ambas as forças que possuem, psychica e social, concomitantemente lhes representam as causas mais patentes, que se vinculam, quer no instante primitivo em que se despregam, embryonarias e imperfeitas, germinando, da consciencia collectiva e das necessidades sociaes, quer durante o confuso e nevoento estado, já de si posterior á phase insondavel da construcção primaria, inteiramente psychica, ou no proprio período a que Vicenzo Miceli, jurista-philosopho, attribue a elaboração ideal. As formações sociaes, que, em se especializando, se tornam jurídicas, são, em ultimo remate, os entes mais singulares do mundo historico das sociedades.

As leis não são productos da intelligencia individual, cujo mister é fabricar objectos, « de instrumentos fazer instrumentos », va-

riando indefinidamente a fabricação (ı); não é o homo-faber que as imagina e creia : legislar é muito menos que inventar, e talvez muito mais... Quem legisla, não produz nem creia, não inventa nem constróe, des-cobre, ao muito, « um processo de sciencia social » (a). E assim acontece a todas as formações sociaes. O Estado, por exemplo, « pessoa politica organizada da nação num paiz determinado » (3) não é o resultado da vontade constructiva dos juristas: existe nos factos, manifesta-se sob as linhas essenciaes de uma associação bem definida.

Ha leis, por exemplo, em que a fórma verbal não é creada, mas como que desco-berta; Voigt, Lambert e outros de egual pol-pa acreditam que o estylo da lei das XII Ta-boas seja o estylo do tradicionista e dos pro-phetas, que não a fórma usual do legislador barato, pois que as palavras parecem saídas da « bocca da povo », compondo-se de gno-mos jurídicos », muito ligeiras, < rapidas, in-

(I) BERGSON. L'ÉVOLUTION *créatrice. 1907*, p. I5I.

(a) ROBERTY. op. cit., p. 7.

(3) BLUMTSCHLI. TH. *générale de T'État.* I88I, p. I8, NOTICOW. *Annales de l'lnstitut int. de Sociologie.* I897 p. 161.

cisivas e proprias para serem gravadas na memoria », pela singeleza que lhes ímpoz a operação delicada da origem, e bem diversas das leis gregas, minuciosas, variaveis, stratificadas. As leis, naturalmente formadas, têm, com efleito, forma diversa, propria, caracteristica, singelissimamente cepilhada, e possuem o que, transplantando-se para cá a denominação allemã, podemos ferretear — o espirito do systema jurídico.

A lei é o reflexo parcial do estado de consciencia de um povo, — a pedra magica em que os juizos sobre escolhido assumpto se gravam, em que se desvanescem as tradições refugadas, substituídas por outras, e em que se começam de patentear, em essencia, as idéas de moral, de solidariedade e de cultura, que dominam o eu social, apparente — quando são habitos nimio variaveis que assomam, progridem, se alastram e pouco a pouco se diluem, personalíssimo, quando são arraigadas convicções. O costume, que é lastro basilar na formação da lei, explia-se psychologicamente : o facto mental que se repete ganha em energia social, adquire acção mais intensa, de modo que as sociedades se reservam forças pela repetição successiva, que se alonga e se vigora e se retempera e se ex-

pande, dando ao costume por fim poderio e obrigatoriedade. E' a solidariedade então engendrando normas de proceder, a que os individuos obedecera nas relações directas com a sociedade ou entre si. A idéa rudimentar, o sentimento, que lhe é anterior, e a imitação, que é o processo, são cabedaes existentes no psychismo social, que se encorpam pouco e pouco, até que manifestem vitalidade nos actos ou na consciencia collectiva, — o que equivale a aprofundar progressivamente o seu poder de acção até que se enformem e se objectivem no enunciado verbal de uma lei.

Talvez a muitos pareça um caso singular, desgarrado, sem símiles: ao contrario, explica-se pela correspondencia com os phenomenos physio-psychologicos.

Em psychologia é vulgar a licção : o cen-tro vaso-motor perde, em marcha continua, o poder de actividade emocional, á medida que se predispõe á acquisição de reflexos mais elevados, succedaneos dos reflexos simples e originarios, que a educação vai pouco e pouco excluindo e obliterando (x) : assim em direito no tocante 4 formação da lei, transformação de sentimento em neces-

(**I**) D' LANGE. L*es émo tion. 1902*, p. 140.

sidade de equipollencia coercitiva entre os indivíduos, ou continuidade de actos inconscientes (reflexos simples) em verdadeiros actos de consciencia social...

Em direito, como em psychologia, ha creações intensamente complexas. Todo o trabalho intellectual, a que se paute tendencia synthetica, deve ser considerado crystalização de elementos, em que memoria e associação se mesclam, se interpõem e se entretecem. — Que se nos afiguram as imagens verbaes, syntheses amplas e revessas de ideas immensamente abstractas? — Creações novas hoje, que antes se imprimiram no espirito de muitas gerações e se transmittiram, lento e lento, até conseguirem possuir, á força de associação de imagens e conceitos, que se amontoaram, um significado de cunho fictício, vagamente penetravel. Aos espíritos atreitos a estudos scienlificos, não se lhes pode deparar um vocabulo como «evolução », « finalidade » ou « selecção » sem o cortejo de discussões e pareceres que esses nomes suscitam. — As leis são formações de typo si— milhante : forjam-nas as condições sociaes e o sentimento, a memoria social reprodul-as em seguida. As maximas do Sounnah dos musulmanos não se escreviam, conservava-

as a memoria, utilizando ao muito brevissi-mas graphías mnemonicas para uso indivi-dual; o proprio Alcorão, cujas leis são es-criptas, não obstante o poder conservador da palavra gravada,'possue leis que se desen-volvem, se transformam e se amelhoram.

Instituições juridicas têm por fim, — escreveu algures Van Bruyssel —, determinar condições pelas quaes a liberdade de cada um é compatível com a Uberdade de todos. Similbantemente a linguagem : seu desígnio é engendrar elementos pelos quaes se tornem possíveis, até certo gráo, as exteriorizações verbaes dos actos psycbicos e, portanto, a. propria vida social. E a liberdade, de que fala Van Bruyssel (1), na estreiteza ou na longura maxima da expressão, só se me afigora possivel sob bases psychologicas. Veri-ficamol-o a cada passo, com facilidade, e os scientistas de hoje, com serem coherentes, não se eximirão a confessal-o. E' preciso que haja, primitivamente, o lastro dos costumes, de identidade de educação e energia, porque as condições sociaes não são unicamente ins-trumcntos auxiliares de adaptação, manifes-tam-se tambem imperativas, intolerantes,

(1) VAN BRUYSSEL. *La vie sociale 1908*, n. 112.

rudes, proscriptoras. Transplantam-se instituições quando ha no terreno novo a seiva da egualdade, o parentesco ethnico, ou o elemento social da educação similhante : a instituição que se readapta, embora entre povos da mesma raça, dominados pelas mes-mas crenças, em condições economicas de egual porte, modifica-se, transforma-se, indi-vidua-se. Como os indivíduos, não ha dois povos completamente eguaes.

Assim como o homem só por si não pode transformar, senão apparentemente, as leis, não podem essas modificar as sociedades, porque representam productos de suas cren-ças e de suas idéas mais entranhadas : legislar quando se não copia o parecer da vontade e logica collectivas equivale a espalhar ger-mens imprestaveis, que podem ter, por outro lado, influencia diversa da que se esperava e pretendia.

A falsidade da lei, verifica-a a sua inapplicação, o facto denunciador do desrespeito popular: não tem funcção social, por isso mesmo que a não respeitam os homens. Se não concretiza o uso, se não representa o producto das necessidades existenciaes de um povo, por mais enérgica e promptamente que se faça respeitar, sujeitando os indivi-

duos a seus dictames arbitrarios, não influe nem modifica, não minora nem reanima os males sociaes a que se applica; nasceu da logica racional, e a sociedade não a entende, porque as suas regras de conducta são oriundas, em grande parte, de uma logica mais requintada e mais confusa, a logica do sentimento. Por isso, segundo escreve Le Bon, a lei se devera limitar á codificação do costume. Gomo o ambiente, pouco e pouco, altera as gerações, exaggerando-lhe traços, embolando aqui e ali virtualidades e heranças mal fixas, assim as condições e necessidades de ordem economica só por si modificam as leis, informando-as em novos dizeres, sem ferir, salvos momentos de degeneração completa, o eu personalissimo do povo, que é o que fabrica os elementos intimos das instituições.

As leis falsas têm quasi sempre effeitos diversos e maléficos : Le Bon assignala os resultados oppostos, que a lei de **1**900, limi-tando, em França, o trabalho das creanças nas fabricas manufaetoras, chegou a pro-duzir; e podemos, de nossa parte, referir um dos exemplos proximos, que não nos escas-seiam : a constituição republicana, desastrosa, cujo fim era varrer a inculcada tyrannia do antigo regimen, plantou nos Estados o mais

vergonhoso regimem de banditismo, de frau-des, de liberdades escusadas e indignas, de terror e engenhosa depredação dos fortunas particulares. Fôra uma lei de emprestimo, des-continuou por muito tempo a bôa marcha do paiz e adaptou-se, emíim, pelo desrespeito integral da maioria de seus dictames. Não ha actos inconstitucionaes no Brazil : a consti-tuição a tudo se amolda, e bem se interpreta aos azares da força e do momento politico...

Vejamos quaes os elementos componentes de uma lei verdadeira.

A lei positiva, sabemol-o a contento, é o acto pelo qual o poder publico ou os governantes grapham a regra de direito natural, ou, para falar com o eminente Duguit, formulam uma regra de direito objectivo preexistente (1). A quem tiver olhos para ver resaltar-lhe-á, no estofo esmaecido de meu phrasear sem lustre, a correspondencia que liguei apropriadamente ás expressões direito objectivo e direito natural, como conceitúo e intitulo o organismo vivo do direito puro. Fil-o, por vezes, a meu talante, mui de industria e coherente com as idéas que até

(1) DUGUIT. L'*Elat,* le *droit objecúf et la loi positice. 1901. Le droit social, 1*908, p. 9.

aqui e d'óra avante se contêm neste ensaio. O período de norma jurídica positiva, o mo-mento em que se encorpam leis escriptas, é uma phase adiantada, que se avantaja a todas as anteriores, caracterizada por assim dizer mercê de um estado de exteriorização com-pleta, de verdadeira objectivação das tenden-cias psychicas do corpo social organisado. E variando estas tendencias, ha de variar por força a lei. Erro é dizer-se que a palavra, ser anatomico da linguagem, possue um elemento psychologico que é o significado. Se se havia mister um criterio discricionario, dever-se-ia dizer que possue tres feições, social, psychica e característica —, como todas as outras creações sociaes. Por mais que se note de escura, tal é a verdade assim em linguistica como em sciencia juridica : vocabulos e leis surgem como verdadeiros entes, mal disfarçando elementos estheticos, economicos, políticos e principalmente psy-chicos. E' que sendo a machina animal, ma-xime a humana, « maravilhoso apparelho automatico cujas partes, todas, têm seu uso (1) », apparecem funcções na sociedade,

d) Prudhomme et RICHET. LE *probléme des causes fi-nales. 19*02, p. 9.

creadas pelos indivíduos, não por attingir sómente um fim, ou por obedecer imposições de desígnios, mas por se elevar e se estabelecer como producto de necessidades.

Cortemos, porém, o fio a este dissertar de problemas vários. O esforço que se envida por comprehender e destrinçar a lei, applicando-a ao momento social, é uma das mais importantes conquistas a que a intelligencia humana gradualmente ascendeu. Os erros, porém, são inevitaveis. Legislar é descobrir. Lembra, por um prisma de similhança, o phenomeno mental da apercepção que faz sintamos no cerebro o trabalho reverso das idéas : o psychologo que perscruta os factos sociaes, assiste ao redor de si, no corpo collectivo, a elaboração lenta e complexa das leis...

III

Formação da Regra Jurídica

Formação da Regra Juridica

Quem tentar, envidando esforços, conhecer a genese, a formação accamulativa, o evolver do direito, mal espelhado no senso moral-religioso dos tempos passados e no resfolegar das luctas, querendo a trilha dessa elaboração multisecular, abstrusa e compacta do sentimento juridico (Rechtsgefuhl), como um facto que reponta amorpho, sem traços predominantes, do psychismo da humanidade, rudimentar como soem ser as intuições e os conceitos das creanças, transformando-se como os pensamentos se transmudam, accentuando-se através das edades, das barbarias e das civilizações successivas, se ha de convencer de que quaesquer syntheses, ou vistas geraes, adquiridas pelo esforço conjectural das restaurações historicas, sem previo cabedal de dados psychologicos e legislação

comparada, serão forçosamente illusoriás, sediças e superficiaes, se não lograrem ser, ao muito, de uma verdade escassa.

Já não é mais a epoca dos sectarios de Niebuhr e Mommsen, contra os quaes, pelo desprezo peccavel aos subsídios de historia comparativa, e amor das fantasias de prehistoria, se enristaram, entre muitas, as settas de Bernhöft. Para o estudo do direito, em suas edades remotíssimas, ha um methodo, entre outros, que se me afigura efficaz, e esse, de alta monta, está na correspondencia da ontogenia e da philogenia, segundo a qual podemos adquirir noções do desenvolvimento primario, mercê de observações no espirito infantil, a passar das sensações ás percepções, dessas aos conceitos, dos conceitos aos juízos, até á posse de uma logica rudimentar que dessabe ainda os recursos potentes do racio-cínio. Até neste ponto, que não é principal, se palpabiliza a feição psychologica do estudo jurídico, abrindo caminho a observações fecundas que alumiam, na historia das insti-tuições, certos preceitos de direito, com estio-larem o manto e obliterarem os sophismas, que as theorias antigas francamente desbor-daram do metaphysicar daquelles tempos.

A fonte juridica, além do elemento carac-

teristico, possue dois elementos, caja pes-quisa analytica ou de reconstrucção é o ter-reno mais fertil ás indagações philosophicas e especializações meramente objectivas : o elemento social, que se copia das necessi-dades, exigencias e creações da vida social, ahi, mas do que em outro qualquer ensejo, no afan de manter o equilíbrio e funcciona-mento normal da sociedade; e o elemento psychico, que se ao outro addita e em que se relletem as variações mais completas da psychologia. São esses elementos, tão diver-sos na apparencia quanto em substancia liga-dos, que se conglobam por formar posterior-mente a lei. A separação não é arbitraria : o direito assedia-se na natureza social do ho-mem, e esse, por sua vez, em todos os seus ac-tos, obedece remota ou presentemente a duas correntes principaes, do espirito e da socie-dade. E de outra forma não entendo as expres-sões, — direito producto de cultura, — senão possuindo a ultima palavra um senso am-plo, capaz de abarcar todo o desenvolvimento psychico, o que equivale a dizer com Josef Kohler: « Kutur ist die Gesamtheit der menschlichen Errungenschaften in der Über-windimg des Alls auf dem Wege der Kennt-nis, wie auf dem Wege der Kunstbildung und

der materiellen Beherschung (1); » ou, senão attentando-se em que a personalidade é a base commum do Direito e da Moral, sendo, como é, base de outras sciencias, que constituem straficações da cultura, e em que, como bem diz Sokolowski, não ha desenvolvimento de cultura sem o elemento individual : « Die Kulturentwickelung ist ohne Vereinigung der Einzelpersonen nicht möglich, ja nicht enimal denkbar (a). »

Vicenzo Miceli conceituou a fonte jurídica como o resultado de uma quantidade elementar que operando no subsolo do direito, constitue toda a massa dos phenomenos sociaes (3). Se cotejarmos as palavras de Kohler, Sokolowski e Miceli. veremos um fundo commum de verdade, que as prestigia.

A fonte mais remota, dentre as que se exteriorizam, é o que, em technica jurídica, se rotula o costume: delle emergem objecti-vadas, como que concretizando a consciencia collectiva, as regras e dictames jurídicos. Duguit, abroquelando seu parecer com as ideas

(1) KOBLER. *Einführung in* ***die Rch****htswiasenschaft. 1908,* P- 4.

(a) D' PAUL SOKOLOWSKI. ***Die*** *philosophie In Privat-recht. 1907*, II, p. g

(3) MICELL *Lefonti* ***del*** *Diritto.* 1905, p. a.

de Bourgeois, Gide, Darlu, etc, que passam como os subsídios mais fortes que a respeito de solidariedade jamais se cumularam, escreve com invejavel exacção : « Penso que o individuo não tem direitos, que a conectividade tambem não os possue, porém que todos os indivíduos são obrigados, por serem entes sociaes, a obedecer a regra jurídica (I). »

Perguntar-se-a, ao certo, a que vem cita-ção desse quilate e assumpto, tratando-se de fontes. Explica-se : a regra jurídica tem sido mal definida, e sem a noção que as pa-lavras de Duguit prodigam, talvez que nos levassemos á antiga concepção jurídica hoje justamente desprestigiada. O direito é um producto de assimilação e desassimilação psy-chica da sociedade. A logica social concebe-o millenariamente, a mercê das necessidades e consciencia sociaes. — Mas o direito, redar-guir-se-a talvez, não se forma inconsciente-mente?

Tem cabida a interrogação, que por ventura se Gzesse. O inconsciente, na formação juridica, opera sem restricções, sem peias, sem escrupulos, que não os escrupulos originarios e conservadores da materia. De mais

(I) DUGUIT. *Le droit social. 1908*, p. 6.28.

ha differença entre consciencia individual e collectiva, e ainda, em argumento, escoimando-me da senha de contradicção que tal-vez se me atirasse, explico o que valem, em psychologia moderna, os vocabulos consciente e inconsciente : entre o psychismo superior e o inferior, conforme a terminologia porposta por Pierre Janet, não se permeia uma linha intransponível, — os actos conscientes, que constituem a manifestação do primeiro, sáem dos actos automaticos e inconscientes como do animal primitivo, em que especies multiplas se entroncam, surgiu o homem, e como do costume confuso e im-material, surge a lei escripta, regra verbal juridicamente obrigatoria. A separação é de convenção technica : ha dois estados, que não series independentes, um de attenção volun-taria e consciencia, de ideação e de raciocí-nio, outro de somnambulismo, de automa-tismo psychologico. Entre elles não medeia abysmo; ao contrario : um é a continuação progressiva do outro...

Taes as concepções de psychologia capazes de alumiar a sciencia juridica, tornando-a uma disciplina completa e homogenea, com as suas leis, as suas noções firmes e os seus conceitos scientiílcos. A idea de Paulhan,

repetida incessantemente, perdura luminosa: o phenomeno social, que se ajusta e corresponde ao phenomeno psychologico da consciencia, é de feito provocado, como o ultimo, por uma interrupção do curso machinal e inconsciente do habito, — o costume lembra o estadio de uma formação nebulosa, ao passo que a lei representa e esteriotypa a imagem, denuncia, em summa, a existencia da consciencia social. A consciencia jurídica desenvolve-se, pouco e pouco, com a consciencia individual da obrigação, e esta, por sua vez, se baseia nos instinctos altruisticos, crescendo sob a influencia do costume e das idéas (I). A lei, digamos, portanto, em ultimo remate, produl-a a consciencia collcctiva, auxiliada pelas condições de necessidade, que a determinam em parte. As legislações copiam o espirito dos povos, e entre ellas as similhanças estão *na razão directa da origem e parecenças psychicas das sub-raças Que as forjaram,* enthezoirando-as em codigos repassados de religião como o Deuteronomio, ou trescalantes á democracia como as constituições republicanas de hoje, e *na razão inversa do progresso intellectual e moral :* o

(**I**) D' Methner. *Organismen and Staaten. 1906*, p. 75.

que progride, individua-se; e as raças, avolumando conhecimentos, deleixando a moral ou acrysolando, ao revez, suas sentenças, disseminando instrucçào ou desparzindo a religiosidade, attentando a força bellica ou empeiorando tradicções guerreiras, Insensivelmente se diversificam pela desenvoltura, por modo que os povos, ascendendo a escala da divisão do trabalho, diíferenciam-se, progredindo, e progridem, individualizando-se.

I

O que referi, em sentença, ao terminar o capitulo anterior, não *é* paradoxo, senão verdade colhida á historia das nações. Poderíamos ferreteal-o, se mister se fizesse, como lei da physionomia, incorrendo-se o risgo de ferirem taes expressões a delicadeza dos ouvidos austeros, não affeitos a escutar termos proprios, senão os de um especular disfarçado em sophismas, que desbordam, espaçados em circumstancias e observações falsas, e que a metaphysíca vetusta completamente ennoita. Não fora a condição de escassez que pauto a este ensaio, mostraria pelo miudo os factos colhidos na historia da cultura, na legislação comparada e na moral commum, que a taes asserções me induziram. Fal-o-ei, em remate sob outra direcção, mais alem.

O methodo que segui e seguirei, á risca, dando cata aos factos, explicando-os como

procederia se se versassem phenomenos de psychologia individual, não forca defendel-o. A' sciencia do espirito, já lhe deve o conhe-cimento humano as paginas mais brilhantes, que jamais existiram, e, ainda que estejamos distantes de possuir uma sciencia impecca-velmente homogenea dos phenomenos psychicos (1), as theorias derivadas do methodo novo das experiencias de « questionario » (Ausfrageexperimente), os trabalhos dos rus-sos Bechterew, Pawlow e Astwazatouroff, de envolta com os esboços de synthese,. cm que Toulouse, Vaschide e Pieron, além de Titchener, laboraram, mostram-nos ao vivo a possibilidade faustosa de uma systematização completa. O mesmo que aconteceu em psy-chologia, succedeu em direito : a principio foi o accumulo de metaphysica, depois vie-ram os estudos scientificos em fragmentos, que foram assoberbando uma literatura inextricavel e profundíssima.

Ai jurista-philosopho como ao psychologo, não se- lhe dá proceder *a priori,* senão esme-rilhar os phenomenos, ajustal-os, serial-os,

(1) E. B. TITCHENER. *The problema of exper. psychology.* Journ. of Psych. 1905. p. 208. KOSTYLEFF. *La crise de la Psychologie expérimentale. 1911*, p. 6.

extraindo por fim as unicas ideas geraes toleradas, as que se orystalizam da analyse percuciente dos factos : deve, antes que o mais, estudar sciencias basilares, como, para o direito, a psychologia, com o intento de colher-lhes auxílios ao estudo scientifico dos direitos. Gabe-lhe sotopor aos actos juridicos os actos psychicos, como fez Schleicher com os factos glottologicos, porque os actos da mente objectivados, que são, como todos os outros, reílexos que attingem a superfície cerebral e ahi reanimam, graças aos laços associativos, os traços das excitações precedentes, que determinam, emfim, a descarga motora (Bechterew), são os que engendram, como vimos na classificação dos actos psycho-juridicos, inserta nas ideas propedeuticas, todos os factos, lícitos ou illicitos, que constituem o domínio da sciencia juridica.

A legislação comparada, por outro lado, cujos metbodos se devem estribar em bôas idéas de psycbologia, muito se lhe reserva na desenvolução do estudo do Direito : sem os seus subsídios minguarão sempre as con-cepções de fino quilate; sem o metbodo comparativo, tal disciplina será uma ridícula escolastica, não podendo desencadeiar energias, nem refugar as formulilhas pertinazes, que lhe

adereçam o organismo. Para termos a psychologia de um povo, escutarmos, á socie-dade, suas imprecações e idéas, é força conhecermos suas leis, que são a expressão verbal de sua liberdade, a perspectiva resumida de suas luctas, das tendencias, dos preconceitos e correntes impetuosas que a fustigam, como a literatura, outrosim, é a expressão quasi integra do valor mental, a imagem dos habitos, do gôsto, do senso, da solidariedade e da fortuna.

Qualquer que seja a meta, ou o caminho mesmo, que o homem segue, em suas investigações como em suas pesquizas historicas, ha sempre deante delle uma trilha que volta a si-mesmo : o fim de todo estudo, que pretendemos ou executamos a esmero, é conhecer o homem, quer seja indirectamente pela conhecença das coisas, que o cercam, quer directamente pela analyse dos orgams que constituem o seu apparelho funccional. Assim o domínio da psychologia é immenso, sobre interessante, em todas as sciencias : será, por isso mesmo, a sciencia do futuro.

A linguistica possue psychologos; pul-lulam por ahi afora psychologias das multidões, das raças, do militar, do jogador, dos escriptores e dos jurisconsultos. A propria

essencia da historia é a psychologia : e seu mister, quando não é o de estudar os homens, é similhante ao da columna de mercurio que os termometros possuem, — assignalar, não os accrescimos e as quedas de temperatura, mas a importancia social e intensiva dos factos.

O methodo comparativo regista os gráos, e a pycboiogia ethnica, clareando a alma do povo, determina o ponto normal a que os acontecimentos attingem, similhavel ao metro social imaginado por De Greef, fantasista austero e pensador de escola...

Assim como em psychologia individual se fala de molestia da vontade, da memoria e da attenção, a Gabriel Tarde azou-se-lhe ensejo de referir molestias do habito e do costume. Registemol-as. Entre taes molestias, do domínio da psychologia social, estão, alem de outras, o egoísmo e o anniquila-mento do instincto patriotico. De mim sempre pensei, e fiz notar algures, que as ideas democraticas de hoje, pregão usado e abusado da oratoria e da politica, quasi nunca obrigado á verificação historica, poderiam passar sob vestiduras identicas, como verdadeiros males da civilização : as ideas aristocraticas de outr'ora, baseadas

no habito, empedernidas em tradições, que transudaram das formas mais importantes, de governo dos povos, das epocas mais memoraveis que jamais existiram, diluem-se, afumadas e gastas pelos preconceitos da edade moderna, escasseando progressiva-mente, por que venham após si, realçadas em sophismas e illusões frageis do poder dos fracos, as risíveis aspirações de governo pelo povo e de legislação popular. O povo pode servir ao muito para instrumento de verifi-cação.

Que fazem as democracias ?

E o de que discorreremos agora. Ao envez de distillarem costumes em leis, aquecem idéas ás labaredas de suas con-vicções falazes, appetecidas pelo povo se-dento de poderio e de melhoras, — trans-mudam circumstanciase accidentes de ordem individual em decretos, transplantam insti-tuições extrangeiras, de que os espíritos futeis e os estadistas affeitos á argucia e co-nhecença ostentosa se podem fartamente envaidar. Deslembram-se, porém, de que a instituição nova é planta que se quer adaptar ao solo, quando não é o effeito necessario da lucta, ou, como talvez acontecesse no Brasil, fadiga profunda e dignificante após ás

luctas ensofregadas do abolicionismo. A lei verdadeira, nascida do costume, formada progressivamente, dotada de tres elementos principaes, — psychico, social e jurídico, — é imitativa pela origem, tradicional, aristocra-tica, pela essencia; ao passo que o decreto, diz Émile Faguet, é a lei do momento, demo-cratica e fugace.

A' representação cabe-lhe ao muito a funcção secundaria de interprete, e todos sa-bemos, com a autoridade de Geny a nosso favor, que tanto é menor a missão deste, como a do juiz, de inserir nos textos a sua inspiração pessoal, quanto mais se consti-tuíram os costumes, « as leis escríptas ae mul-tiplicaram c estenderam seu campo de acção nos domínios cada dia maiores do direito privado », mercê não somente das condições economicas como por egual da educação e da cultura (I). — Tanto mais restricta será a funcção do interprete ou do juiz, quanto mais se exteriorizarem as regras profundamente especializadas, torcidas ás exigencias das relações novas e mais se condensarem os dictames de logica social que são as leis. O

(1) Geny. *Método de interp. y fuentes...* Trad. hesp. p. 48I kouler EINFUHRUNG... *1908*, p. 22

futuro mister que se lhe ha de conceder será menos pessoal ainda, não obstante se multiplicarem, dia a dia, numa dilatação incessante e polymorphica, as relações economicas, politicas e jurídicas.

O direito é uma especie de arvore, que o jurista cultiva, dando-lhe formas diversas, podando-o, ajustando ramalhos, por lhe imprimir feitio symetrico e mais humanamente artístico. Não se lhe arroga mais direito, pensava Ihering, que ao jardinhciro sobre a flor. A lei que se interpola, inoportunamente, num corpo jurídico, ou a instituição que se enclausura na politica de um Estado, é lei fragil, falsa, impotente, porque sem raízes: dcsapparece quando se lhe cessa o poder de prohibição e a energia impertinente de dever imposto. A evolução do direito *é* uma verdadeira evolução creadora : ahi estão o direito inglês, palpitando na molle immensa de suas tradições conglobadas, e a Côrte suprema, nos Estados Unidos, com os arestos judiciara, sobrrjuntando á Constituição todo ura corpo novo, imprevisto, maia accentuado, mais desenvolvido, mais pratico, mais natural, de praticas e tendencias...

O costume é a forma conservadora da imitação, o germen de uma especie, ao passo

que as leis, são os indivíduos, como esses subordinadas a transformações, representando, em seu desenvolvimento, os varios estados caracteristicos da evolução social.

Nem sempre a fórma que se impõe ao governo de um Estado, é a que prepondera, pois á sombra do desrespeito de uma constituição ou de um codigo, outro codigo el outra constituição se elevam, imperceptíveis, ao borbotar de leis firmes e verdadeiras, que se originam do espirito collectivo. Não é difficil, pela historia antiga e contemporanea das nações, verificarmos republicas que vivem sob o regimen monarcbico e monarchias liberaes como as republicas que mais o forem: naquellas, as representações democraticas, illegítimas, mascaram as instituições existentes, embora fique impetuosa e latente a psychologia social que se não afasta facilmente de seus habitos. Não aventuro uma opinião falaz, nem peccaminosa : « as regras intimas e duraveis », escrevera Lambert (**I**), que constituem as linhas essenciaes e, de algum modo, a structura anatomica de cada instituição, não devem aos juristas senão sua

(I) LAMBERT. *La fonction de Droit civ. comparé. 1903*, IP-549.

formula e por vezes algumas consequencias accessorias, jamais sua existencia mesma » ; assim as instituições politicas a que a representação nacional pode dar ao muito vestiarias novas, roupagens falsas e enganosas. A psychologia collectiva não é desconhecida a separação do eu personalissimo e do eu-apparente : a representação, portanto, opera, só por si, no eu exterior, raras vezes no eu individual das sociedades.

O ideal que se quer de liberdade, não o tem o governo pelo povo, mas o governo pela competencia, pela capacidade profissional, que podem á maravilha instituir o Estado sobre as bases mais solidas de experimentação e de equilíbrio, — tanto mais feliz asserto quanto o sabemos á saciedade um aggregado de funcções coextensivas, inter-independentes, que se cumulam materiaes suffi-cientes á manutenção do todo e á observancia directa das necessidades normaes.

Pensando assim, bem a grado de minhas convicções, poderia estribar o nosso parecer em modernas idéas sobre a divisão do tra-balho, a solidariedade e a cultura (1), pro-

(1) DURKHEM. *De la div. du travail social, 1902*, p. 12.91. Lester Ward. *Dynamic Sociology*. I, p. 549.

vindas as mais delias de fontes auctorizadas e estremes. A democracia pura equivale á negação summaria das leis irrefuctaveis da especialização de funcçôes, e, entretanto, ao revez, estuam, sem conto, os anhelos de felicidade, que se empenham ardorosamente, se radicam na populaça, e surtem, em compensação, os effeitos mais contradíctorios, as ideas egualitarias : os indivíduos a que se dá a investidura de representantes ou se nulli-ficam ou mentem á sociedade, que lhes delega poderes, ou a si mesmos, despenhando em irremediavel aristocracia.

A tendencia normal e immediata do espirito politico é para a chefia parcial e concomitante das classes, o que se convencionou denominar federalismo syndicalista A' aristocracia do sangue succederão a da moeda e da cultura: a primeira, forma primitiva da realeza que ainda com bons fructos se tolera e se respeita; a da cultura, que é o regimen da competência e da especialidade; e da moeda, que se permeia e é tambem a medida commum dos valores sociaes.

Eis uma lei da evolução dos povos.

II

Condensando-se numa sociedade forças similhantes de religião, de economia e de politica, modificam-se as leis, e entremostram-se, no momento, mudanças parciaes de varias instituições, a eversão mesma de outras, o continuo esmaecer de um habito, que corresponde a uma serie de regras pecu-liares, ou a lucta refregada entre leis que entre si disputam o domínio de uma classe de relações jurídicas. E' nesse batalhar desencadeiado e franco, que se ha por bem vislum-brar, á similhança dos factos evolutivos na divisão das especies, a selecção natural no mundo das leis. Alteradas algumas formações juridicas, nota-se, alem de usos novos que se alastram, contornando pouco e pouco a trama do direito, a queda progressiva dos costumes anteriores, embora os succedaneos, de si-mesmos, tenham estirpe em usanças e praticas de tempos immemores.

Certo é, porém, muito a salvo de dúvidas, que essas transformações que estabelecem os matizes varios das eras politicas, a cor peculiar dos períodos historicos, tonalizando os traços de ethnologia conforme as epocas e correntes imitativas, não as produziram as leis. A causa é uma só, assim para as leis, como para o facto mesmo dessa transformações de idéas e costumes : corresponde, em-0m, ás cansas da variedade de pensar e proceder, que se effectuam forçosamente, com o tempo, no individuo : as intermittendas, escurecimentos e illuminações subitas, que a memoria individual possue, marcando em curvas mais ou menos distendidas a sua evolução, tem-nas por egual, engrandecidas, a memoria poderosíssima dos grupos sociaes, essa funcção de reserva constante e accidentada de tradições, de preconceitos e de illusões tenues e inconsistentes. As leis, esquecemnas os povos por uma lei mnemonica de obliteração e de esquecimento; readquirem-nas pela associação de sensações símilhantes, de acto praticado no mesmo tempo. Ha, por isso mesmo que a transformação das leis é facto vulgarissimo de memoria social, uma verdade que se entrevê e com que se não atina sem bom conhecimento de sciencias sociaes :

as matações que a politica, a religião e a economia subitamente causam, são apparentes, superficialissimas, não desmancham, nem deterioram os habitos fundamente gravados, não substituem por usos novos os antigos, como se fora elemento imprestavel e degenere. Pode-se notar entre a lei antiga e a que se adapta á sociedade, uma divergencia completa de principios logicos; isso, porém, pouco realça e importa, pois a logica social, conforme se sabe, é a logica dos sentimentos, da concordancia de sensações exteriorizadas, da coherencia objectiva dos actos, que não a logica individual, muito humana, das idéas similhaveis, dos contrastes, das assimilações faceis e parecenças profundas de

feição... ,

Outro facto, entre todos, de relevancia, reside no espirito dos indivíduos, enraizou se ahi como uma illusão pertinaz e incommoda, afigurando-se-nos até o facto mais curioso de penetração e.mpirica que a este respeito conhecemos. Os indivíduos, que constituem um grupo social, que ahi vivem e trabalham, mutuando relações e contractos, corrigindo-se á feição collectiva, baixando ao nivel da communhão a que pertencem, consideram-na sempre amoral, sem pudor

até, rumorosamente exibicionista, engolfada na ridiculez das formulilhas corriqueiras, num pantano de corrupções e miserias inconfes-saveis. Dir-sc-á que ao homem, na apreciação ligeira e subtil, singelamente philosophica, do grupo, em que se encerra, persegue de continuo a miragem de um engano facil, o lusco-fusco de uma idca vaga, que se lhe incendeia no cerebro, a respeito de moral, direito e cultura collectiva. Não é, porem, uma illusão peccaminosa, que fustiga o espi-rito individual, que lhe envolve a imaginação em grosseiro pessimismo, animando-o a ferir, mercê de juizo depreciante, a communidade a que pertence : a moral collectiva mostra ser effectivamente assás inferior á moral do homem em si, do homem intimo, do animal insulado, do ente psychologico.

Por vezes, aqui e ali, escriptores de nota, abeirando-se incidentemente do assumpto, referiram com viveza tão surprehendente diversidade. Uma é a moral do eu-personalis-simo, sempre mergulhada na rudeza das emo-ções surtidas ou a explodir, de subito, no incendio singular dos sentimentos íntimos; a outra é a moral disfarçada, flexível, furtacor, por assim dizer, do eu-apparente : a pri-meira indivisível, una, individualissima; a

segunda, ao revez, transformavel, partivel e multiforme. Sighele, exaggerando os factos, flagrantemente illudido, houve por mal affirmar a existencia, num só individuo, de muitas moraes (1), abroquelando seu parecer com a confissão de Goethe, quando disse que como poeta era polytheista, como estudioso de sciencias- naturaes pantheista, e deista, finalmente, como ente moral. — Era que a moral social, no supremo poeta, se havia adaptado ás condições varias da existencia, esgalhando-se, adquirindo formas completamente, novas, emquanto a moral do eu-personalissimo continuava una e immutavel, consti-tuindo o fundo de sua mentalidade, adorme-cendo ao clangor dos factos exteriores, des-pertando de onde em onde, como fera esfo-meada e terrivel, e similhando, talvez, pelos desvarios e incomprehensibilidade fantastica, a moral problematica de Fausto.

Nietzsche dizia ter, para si, uma moral além (jenseits) da moral, uma sociologia além da sociologia, uma theodicea além da theodi-cea, ao que Emile Faguet accresce, — uma moral particular, uma sociologia que lhe é

(1) Sighele. *Psychologie des Sectes. 1898*, p. 104,

propria, uma theodicea original (1). Não era, porém, orgulho, nem vaidade, que a tal asserto conduzia o celebre « aventureiro do espirito , o eximio esgrimidor dos aphorismos audazes e das contradicções flagrantes : era! bem possível que duas moraes tivesse, uma intima, a que lhe constituía o fundo individual do espirito, outra, divisível, a que lhe ensinaram o commercio das ideas e o contacto dos homens.

A sociedade de egual a egual, no emmaranhado barbaro de adereços de crenças e de leis, possue, correspondendo aos dois ramos da personalidade, cada um a refazer-se e, de certo modo, apurar-se e progredir, a mesma dualidade de moral.

Os actos pela memoria fixam-se e repetem-se : a imitação, que Tarde definia como a impressão á distancia, mercê da qual um cerebro reflecte em outro, suas ideas, suas vontades e suas maneiras mesmas de sentir, é o processo natural da memoria collectiva. Admittindo-se, como razão fora, a transmissão dos caracteres adquiridos, as proprias mutações de typo, o augmento constructivo de elementos nervosos (Verworn) que o desen-

(1) E. FAGUET. E*n lisant Nietzsche. 1905*, p. 278-9,

volvimento funccional provoca respeito a memoria, é logico se assegure serem ás leis sancções de habitos, tanto mais respeitaveis e aceitas quanto tenham sido copias fieis desses actos que se repetem com frequencia, e se praticam sem repulsão, diminuindo gradualmente a irritação funccional, dentro da sociedade, que não é mais que o repositorio dos actos humanos generalizados.

As leis obedecem a acontecimentos da vida individual, extreze-os ás vezes, accentuando-os mais ao vivo. « A possibilidade da transmissão directa das acquisições individuaes » escreveu Henri Piéron, contrariando a doutrina de Weissmann,« permitte o nascimento da tradição, dado social, que se perpetua de edade a edade : e o fundo commum de tradições vai constituir a mentalidade social, individualizada ». Não ha mais clara exposição, nem parecer mais breve. Deixa, por outro lado, entre vermos a dualidade de moral, espelhando as duas feições da personalidade psychologica. E porque não, — poderiamos assisadamente interrogar, — se se deparam, de onde em onde, cumulativamente, factos eguaes na vida psychica e na vida social, como se fora a ultima a ampliação caprichosa da primeira? — Entre esses factos, um, tirado

á psychologia individual, vem expor o mais interessante exemplo de analogia: nos povos primitivos, limitam-se os actos, sendo por isso reflexos profundíssimos, de rigidez inequívoca, e, repetidos com frequencia, alcançam o momento jurídico em que se applicam como obrigatorios, intransigiveis, severos e irrevogaveis. Isto, porém, é a copia dos factos da vida individual correspondente : nas creanças, segundo observa Van Biervliet, no transcurso da edade, a plasti-cidade da memoria diminue e o poder de attenção augmenta, acrysolando-se.

Assim nas sociedades : a memoria enfraquece, quando começa de apurar-se a attenção collectiva, o que equipolle a dizermos que cessa a fascinação antiga, os actos se alteram, a austereza inconfundível se ameiga, ao passo que a attenção se desenvolve, as leis se torcem a todas as relações novas que a sociedade entrelaça, e se aífazem a uma porção de actos diversos, multiplicando-se... Nos povos civilizados, as leis perdem, progressivamente, esse caracter barbaro e primitivo, religioso porque dogmatico, ineluctavel porque selvagem, e especializam-se, dividindo-se conforme os casos que se deparam, amoldando-se a elles, graças ao aug-

mento de attenção que, tanto aos povos quanto aos indivíduos, lhes advem com o tempo, com o evolver da mente, com a dimi-nuição da plasticidade mnemonica, com o dessedentar da memoria, com a velhice...

A palavra em si nada importa ao individuo, senão em sua feição mental, em seu mister de vibratibilidade no discurso, forçando-o aos volteios e torrões superpostos do phrasear, ou como elemento, imagem ou factor insulado de tonacidade ou plastica á elabo-ração subtilissima das ideas. Os selvagens não as gravam, nem intentam possuil-as inal-teraveis e impressas nitidamente na memoria : querem-lhe a essencia, querem-lhe a entonação... A belleza da linguagem em si vem com a corrente civilizadora, com o progresso da cultura, com o evolver prodigioso do. gosto...

As creanças, em seu primeiro evo, não percebem os vocabulos senão pelos caracteres strictamente musicaes, que possuem, pois que a formação verbal, a syllaba insulada ou o grupo combinado de syllabas, pre-cede á idea, á palavra em si, como a um grito de dor, que acompanha o reflexo ner-voso, antecede forçosamente a imagem men-tal : agradam-lhes por isso os sons sibilantes

e melodicos, como se a esthesia auditiva fosse a primeira a despertar no individuo.... Valem muito, a este proposito, os traba-lhos de Perez, o grande sabedor de psycho-logia infantil. « Giova osservare », escrevera Mario Pilo, pensador e estheta, « che allora è proprio la musica, anche nel canto, la sola che lo diverte, e non la parola, che anzi, se non cantata, lo lascia inerte ed indifferente, como cosa che non ha per lui nè belleza nè valore... » Verdade esta, tão inamoldavel a divagações, que, não sómente os sentimen-tos genesicos, como o senso musical, os devemos encarar como resquícios de animali-dade : nasceram com ella, de par atravessa-ram as primeiras civilizações mortas agora e talvez egualmente se juntem, quando as condições existenciaes e de cultura, detur-pando uns e acobertando outra, mascarando a ultima e constrangindo os primeiros ao pro-gresso do meio, fazem com que o espirito humano sinta e se embriague, ao delicioso fluctuar de sensações atavicas e potentes. Claro é que me refiro ao sentimento, não a musica em si, que *é* a arte que o provoca, arrancando de uma dezena de sons a varie-dade quasi infinita das melodias e dos cantos. Sómente mais tarde é que apparecem, depois

de formados os sentimentos, musical, do bello e do justo, e se aperfeiçoam a musica, a esthetica e o direito : uma indispensa-vel ao gôso auditivo, outra á apreciação do encantador e do perfeito, e a ultima, em remate, á necessidade existencial da vida harmonica da sociedade. Ás causas são com-muns e o processo é o mesmo : a repetição, a imitação e o costume... Os genios musicaes, como os genios pensadores, políticos e eco-nomicos, hão de existir sempre, porque existe de feito a socialização do saber, assim em sciencia, como em musica, em pintura, em direito e em poesia, e á intelligencia individual reserva-se-lhe o poder de aprender, de crear e fabricar coisas novas, descobrir verdades mais profundas, espiar melhor e mais admiravelmente a natureza, de inter-pretar melhor os factos sociaes e remediar sabiamente os males economicos de um paiz. Pensando assim, Nietzsche, pensador e ensaísta, considerava phenomenos patholo-gicos necessarios ao espirito do artista, além da imitação forçada, a embriaguez, que, des-vairando a mente, a predispõe a processos novos e meios mais faceis de ideação, e ex-trema agudeza de certos sentidos. A memoria social, com ser a capitalização

indefinida e variavel da energia e da sabença, é, fora de duvidas, o maior factor de progresso : consolida, com o tempo, o conhecimento humano, como as edades geologicas petrificam as cordilheiras e as escarpas.

Tomadas em bôa conta taes ideas, faz-se mister discorrer dos elementos constitutivos do costume juridico.

A velha separação dos elementos jurídicos em subjectivo e objectivo, tão festejada outr'ora, é um producto requintado de metaphysica, incompatível, portanto, com as dissertações de direito scientifico.

Geny, versado em estudos de tal especie, encontra no costume dois elementos principaes, a que dá a qualificação de positivos :

— Um, de índole material, largo e constante uso, que é o substratum necessario de todo o costume; — outro, de natureza psychologica, cujo reconhecimento é questão muito mais debicada e subtil, e que se traduz frequentemente por sua qualificação tradicional : *opinio juris seu necessitatis.*

Resume, portanto, em taes ideas, sua opinião a respeito da necessidade como factor jurídico, apoiado nos grandes juristas allemães, ora em Gliick, Puchta, Savigny, ora em Dernburg, Regelsberger e Gierke : a pa-

lavra necessidade, pensa o erudito professor de direito, « não nos deve levar a crer que a regra juridica, emanada do costume, deva de modo absoluto violentar as vontades e apresentar-se como uma imposição impera-tiva. » A acção precipna da regra jurídica; não é refrear, nem contem em si energia puramente coactiva : « condiciona » sobre-tudo, antes de dominar e impor.

Os elementos exarados acima, que Fran-çois Geny descobre no costume jurídico e ferreteia como os mais importantes, são, comtudo, erroneamente interpretados: «parai que uma relação consagrada pelo uso », diz o escriptor, « se erija como relação jurídica positiva, é necessario ainda mais que a pra-tica, que o motiva, a constitua com um ca-racter de necessidade, por que a imponha, em caso necessario, em virtude de uma regra dotada de sancção publica. »

Vimos assim, de relanço, como o docente de direito explica a formação do costume, joeirando-lhe dous elementos, — material e immaterial, — e podemos perceber melhor a trilha que seu espirito segue, ao depararmos, avante, algumas referencias preciosas no tocante ao direito do povo e ao dos juris-consultos, *Juristenrecht* e V*olksrecht* dos

allemães. O ponto de vista, porém, de que se utilizou, é reconhecida e flagrou temente falso, porque refoge a uma bôa orientação scientifica.

Se analysarmos, com afinco costume, o costume, toda a futil e requintada, erudição dos juristas de molde antigo, mais avisados seremos, se descobrirmos cm nu-mero de tres os elementos componentes do costume jurídico, ajustando assim á feição adquirida pela sciencia moderna o espolio de nossas observações :

a) o elemento psychologico, que é o resul-tado integral dos actos humanos ou da repe-tição, encarada que seja pelo prisma da causalidade ;

b) o elemento social, de que depende o acto não ser individual, senão collectivo, ou, mel dormente, o resultado da repetição dos actos psychicos determinando uma ten-dencia ;

e) e o elemento jurídico, que o caracteriza, separando-o assim dos demais costumes, domestico, economico, moral, etc;

A defeza melhor, que poderíamos gran-gear para nossa enumeração, está em pala-vras valiosíssimas do proprio Geny, que faz

realçarem, por mercê de seu estylo conciso e amplo, os dados de que nos apercebemos por fugir á sua divisão destoante dos factos : c a lei não é sómente um phenomeno psychologico, senão ao mesmo tempo e inseparavelmente um phenomeno social ». E' manifesta a inferioridade do direito costu-meiro posto á face com a lei, não pelo senti-mento intrínseco de coacção jurídica, senão porque a ultima, sendo verdadeira, tem uma funcção social mais accentuada, representa o insecto, com existencia util e applicações individuaes de movimento, ao passo que o costume é apenas a crysalida. Torna-se uma questão de edade, antes de chegar a consti-tuir um problema de força intima; assedia-se na evolução da lei, sem attingir a abstracção fadigosa de superioridade relativa ao poder, á coacção e á energia imperativa, de que sei certos escriptores allemães fazem alarde in-sustido. O ente superior, assim no mundo social como no mundo organico, é o que mais se afasta do typo generico, ou que resume em si as virtualidades mais representativas do typo especifico : o costume jurídico, visto através da philogenia, é o modelo vulgar da especie, proximo em excesso do cunho do genero, confunde-se facilmente com os de-

mais, entremisturando-se com as ideas de moral e de religião, ao passo que a lei synthetiza os caracteres, acrysola, joeira, apura e retempera os traços principaes da formação jurídica, e representa, no momento, o typo maximo da especie.

O costume, escreve Le Bon, « resulta das necessidades sociaes, industriaes e economicas de cada dia; a jurisprudencia fixa-os; sancciona-os a lei. » Ahi estão tres elos primaciaes da desenvolução da regra jurídica, já estudados antes, e encarcerados numa formula de Hermann Post:

a) direito instructivo e inconsciente, ainda em casos isolados;

b) formação do costume pela generalização dos casos;

c) formação da lei.

Essas tres phases de evolução correspondem, como é facil de verificarmos, ás tres epocas que o eminente Baldwin, sociologo e psychologista, intenta afuroar no desenvolvimento psychieo do individuo. Um outro pensador, cujos trabalhos de sooiologia logra-ram reputação universal, steriotypa tres eras de evolução philogenica do direito, desde a formação primaria que se entenebrece pelo

multiforme e indecisivo do direito, até ao período em que já existe uniformidade e estabilidade conciliadas, medeando entre essas duas phases, uma epoca, em que o direito, sobre ser uniforme, apresenta phenomenos de intensa variabilidade, espectaculo esse; que nos desenrola a Europa actual (1). Taes classificações, em que se espelham a evolução e transformações do direito, não differem muito de uma outra, superveniente, talhada em formas corriqueiras, que um pensador, espirito arrojado e engenhoso, pomposa-mente nos prodiga. Dividem-na egualmente tres momentos, caracterizados, de per si, pela exterioridade peculiar de usos, crenças e ideas: ao direito que se encontra « seja no passado, á origem das humanidades, seja, no presente, entre os que estão neste estado grosseiro », o escriptor dá o rotulo de direito selvagem, e ao direito, cujos typos principaes são a lei salíca dos Francos e a Lei das XII Taboas dos Romanos, concede-lhe o titulo de barbaro, guardando a denominação de civilizado para o nosso direito (a). Será inadmissivel a classificação de Picard, desde que

(1) TARDE. *Lea **Lois** de l'imitation. 1907*, **p. 337.** (a) **E. PICARD.** ***IA DOIT*** par. 1908**, p. 121.**

tolerarmos a seriação convincente de Tarde ou seguirmos o roteiro scientifico de Hermann Post. Reservamo-nos, todavia, para o capitulo seguinte, uma lei psychologica, que se depara na evolução da regra jurídica, de certo modo conciliadora das opiniões existentes.

III

Todas as leis são formações espcciaes e syntheticass em que os factos se concretizam, pondo ao vivo tendencias a que obedecem, caracter e feição sob que se enformaram: leis astronomicas como leis historicas, leis biologicas como leis psychologicas, são índi-ces de effectuação ordenada de phenomenos, syntheses de movimentos normaes em va-rias classes de factos. Dahi emanam, palpitantes, as analogias, que existem, entre as leis biologicas, meras indicações do progre-dimento e regresso dos seres vivos, de accor-do com o typo geral dos acontecimentos, e as leis sociaes, que de egual a egual reflec-tem os factos em sua feição commum, mais visivel pelo processo imitativo que se torna de alta monta na sociedade e no espirito; en-tre as leis astronomicas, productos summa-rios dos factos cosmicos, e as regras juridi-

cas, tendencias manifestas que as acções humanas do momento previamente pautam ás acções seguintes, estabelecendo na sociedade o que effectivamente é a lei, a formula media das variações e tendencias. Em se attentando, como me parecera mistér, essas relações que as sciencias entre si apresentam, poder-se-á facilmente dizer que a repetição é a causa unitaria de todas as sciencias, a razão primeira da legislação universal. Ha, ao muito, differenças caracterizantes, que são as do facto-novo de cada uma das disciplinas : as leis sociaes expandem-se mercê das cai-sas e da intensidade dos phenomenos a que se acolchetam, ao passo que as regras jurídi-cas se desenrolam pela ductilidade, se multiplicam e se ampliam ao talante das condições sociaes do meio e do momento...

Para um notavel pensador francês, — cujas ideas gostosamente acato, reconhecendo-lhes, quando se me afiguram falsas, o alcance de poderosa imaginação explicativa, — as leis do mundo physico ou biologico differem, em essencia, das leis sociaes, das regras jurí-dicas por exemplo, por isso mesmo que as primeiras são leis de causas e as ultimas leis de fim. E' o de que me afasto, refusando esse grande factor de abstracção caprichosa

e vadia, que é a palavra « finalidade », elastica, confusa, contradictoria e magica. Todas são por egual leis de causa, desde! que a funcção social da regra jurídica, em que se busca, ao certo, a noção de fim, é similhante ás outras funcções desempe-nhadas pelas leis physicas e biologicas, — gizar a trilha normal de evolução.

Se á regra de direito se lhe pode ligar o titulo barato de regra de conducta, « porque se appUca a vontades conscientes e determina o valor relativo dos actos cons-cientes do homem » (**I**), o mesmo se dirá a respeito das demais leis, pois a conscien-cia, com ser o elemento logicamente irreduc-tivel da psychologia, não aprofunda a sepa-ração entre ellas, cavando um abysmo entre os factos cosmicos e os factos sociaes, como se tudo não obedecesse ás mesmas prescrip-ções de causalidade.

Edmond Picard allude a umas verdades supremas e immutaveis do Direito, especie de dogmas, a que dá apenas a roupagem mo-derna de « princípios », quando cm ver-dade não ha regras fixas e immutaveis em

(I) DUGUIT. *L'État. Le Droit objeclif et la loi positive. 1901*, p. 17-18-24.

direito, se não processos logicos de appli-cal-o e de adquiril-o, esses mesmos colhidos por uma contorsão, por um excesso c ousadia intellectual que em tudo vê ele-mentos capazes de posição logica em nosso espirito. O que ha de immutavel no direito é a unidade de experiencia social, a pedra basilar sobre que se assediam todas as for-mações socíaes meramente jurídicas, o fundo commum e psychologico da moral e da sa-bença jurídica dos homens.

No tempo não ha senão a variabilidade das leis, como só existe a mutabilidade dos costumes, das usanças e das formações proloquiacs, que se colorem e se embotam mais tarde, que se desvanecem e se succedem, por mercê da mutação perpetua, que é condição mesma da vida.

No direito das obrigações, cujo desenvolvimento copia o da mercancia e da circulação da riqueza, é que se reflecte melhor o progresso das sociedades. No evo primitivo, em que o todo homogeneo do direito se nos apparece como verdadeiro estado embryonario, os actos não se entrelaçam, nem se combinam, as vontades mal se degladiam, os contractos resumem-se na simples troca rudimentar e primitiva. Post vai mais além, esca-

lando as cdades, destrinçando factos de jurisprudencia ethnologica, cnthezoirando phenomenos de obrigação juridica nos actos humanos de então, que a nossos olhos se entenebrecem. A constituição da pequena familia vedava inconscientemente a desenvolução do commercio, das relações economicas e do direito; somente mais tarde, segundo o jurista-ethnologo, é que começam, aqui e ali, as trocas entre familias, como se ao direito das gentes coubesse o primeiro passo cm prol do progresso jurídico. Para os que assim pensam, primeiro é o commercio entre as familias, entre os grupos unidos pela consanguinidade, até emergir a mutuação entre indivíduos, só por si, como satis-fação directa de interesses: ou, em poucas palavras, a personalidade individual em di-reito como um producto da personalidade social; da obrigação collectiva surtindo o facto-nono da obrigação individual; a neces-sidade social precedendo o costume, a repetição de actos e a imitação mesma; os phenomenos economicos antecedendo os fac-tos psychicos na evolução do direito e plantando, no espirito precario do homem de antanho, as sementes do commercio, e as rai-zes mais remotas dos institutos.

Não penso assim, porem, nem me fôra possível pensar coherente com o que expuz nes-te ensaio.

Antes de adquirir consciencia, formar grupos, o homem sentiu a sua individualidade, muito embora mergulhado na trevosidade de suas sensações diffusas. Entre os dois animaes errantes que, junto a mesma femea, se depararam, houve lucta; e da brutalidade das impulsões, da inconsciencia turva daquelles actos de animalidade, da victoria de um e da mutilação gravissima de outro, surgiu uma sensação de terror e de medo, que é a for-ma exteriorizada do instincto de conservação, o primeiro gemido estrangulado e afouto e o primeiro contracto.

Assim o direito pessoal é o primeiro a produzir-se nas relações individuaes.

Resumamos, agora, encaixando na gra-phia schematica de uma lei de evolução, as ideas que de onde em onde esparzimos a res-peito de formação e progredimento da lei. Sómente a classificação, com permittir « o jogo mais complexo das operações mentaes », torna possível o entendimento claro da desenvolução historica do costume, do qual é facil tirar a seguinte conclusão : como a physica estuda ao factos reproduzidos por mo-

vimentos periodicos, ondulações e gravitações, e como a sociologia estada factos psychologicos, generalizados pela imitação, a psychologia jurídica cabe-lhe em parte es-tudar os factos psychologicos, de caracter jurídico, que se reproduzem pelo contagio mental voluntario.

Pelo schema que segue a este capitulo poderemos verificar:

a) a passagem dos phenomenos da psychologia á sociologia, e dessa ao direito, no tocante a uma das mais curiosas formações sociaes — o costume jurídico;

b) a correspondencia da ontogenia e da philogenia, manifesta no methodo com que intentamos graphar os factos;

c) a simples divergencia superficial e singelamente futil, que separa Wundt, Post, Baldwin e Miceli, além de outros, como Giddings, lhering, Carie e Gumplowicz que foram ali incidentemente lembrados;

d) a existencia do direito, como sciencia complexa, entre duas disciplinas, que determinam seus phenomenos;

e) o quadro historico da desenvolução do costume.

Assignalemos, porem, de antemão, o valor

e funcção social da lei, para que o possamos comparar atravez das epocas acantonadas em nossa classificação : a missão essencial da lei é subordinar todo direito, que dentro delia se germine, ao dever ou deveres por ella estabelecido.

Pensa similhantemcntc Tõnnies, quando diz, com firmeza, em sua preciosa diserta-ção sobre sociologia (1), que é da essencia da relação jurídica que qualquer direito realizado dentro da lei se obriga ao dever que ella estatue, — « zum Wesen des rechtlichen Vcrhãltnisses gehört eben dies, dass das Recht oder die Rechtsordnung darin begrün-dete Rechte gibt, daraus entspringende Pflichten auflegt. » E Émile Durkheim pon-derara antes, de modo indentico, que todo contracto suppôe as partes que se combinam, que se empenham, cabendo á sociedade fazer respeitar a convenção, se o contracto possue valor social, isto é se está conforme as regras do direito (a). Duguit opina que todos os indivíduos se obrigam a respeitar a regra social, por isso mesmo que são entes

(1) Dr TONNIES. *Das Wesen der Soziologie. 1907*. p. 9. (2) DURKHEIM. *De la Division du Travail social, 1902*. p. 8a-83.

sociaes, e « todo acto individual violando esta regra provoca necessariamente uma reacção social, que segundo os tempos e os paizes reveste formas diversas > (1), por isso que a solidariedade é o « facto fundamental de todas as sociedades humanas » (2). Giner de los Rios arrogou-se o mister de examinar a funcção da lei (3), espalhando algumas ideas, que não julgamos necessario analysar. A solidariedade é, como bem diz Worms, a consequencia necessaria do regimen da divisão do trabalho, sob o qual vivemos. No direito a solidariedade é tal, que se força a condições de respeito cavalheiresco, como, em direito internacional, por exemplo, no principio pelo qual só têm execução forçada no extrangeiro as sentenças proferidas em um paiz, quando houver auctorização expres-sa para isso (4).

(1) Duourr *Le Droit social. 1908*, p. 6. (2) Duourr *L'Éíai... I. 1901*, p. 24.

(3) GENER DE LOS RIOS. *A propos de la fonction de la loi.* Rev. int. de Sociul. Aout, Sept. 1908.

(4) CALVO. *Derecho intern.* § 189. LAURENT. *Le droit civ. int.* v, 6. n. 84.

IV

Formação dos Organismos Jurídicos

Todos sabemos que, em physica, uma vibração que se desenrola mais e mais, e se propaga em ondulações luminosas, sonora ou eléctricas, mantem uma progressão decrescente de energia até o instante em que se torne inapreciavel ou se lhe aze o ensejo de encontrar, em condições de reproduzil-a, um corpo que a imite ou que a absorva. O facto, sem grandes variantes, observa-se na formação dos direitos. Como todas as sciencias, a psychologia jurídica presuppõe um facto privativo para sua existencia, possuindo nas condições preestabelecidas para a repetição, alem do que é necessario aos corpos physicos, uma partícula nova, individuainte, de reproducção passiva, — a vontade. Ha, porém, alguma differença, entre a von-

tade psychologica e a vontade jurídica, pois, emquanto a primeira consiste na expressão unica de desejar, a segunda exige uma condição essencial, um elemento particular e exotico, que a individúa, e envolve, por egual, uma especie de capacidade potencial, — o poder querer. Do mesmo modo que a des-truição da coordenação nervosa anniquila a personalidade psychologica, ao falecimento desta personalidade corresponde a cessação da pessoa jurídica, o que não nos leva a dizer que os actos nervosos, psychicos e jurídicos sejam identicos : sobre cariatides de pequeno diametro se podem assentar monumentos gigantescos e diversos.

As influencias sociaes, que se mutuam os factos, são egualmente produetos de vibrações ; a relação jurídica, como teremos occasião de verificar, não é senão uma fusão de forças que se desenvolvem, se augmentam e se enfraquecem ao talante das condições exteriores de crescimento e de degradação. Todas as energias universaes, physicas propriamente ditas, sociaes, psychicas e jurídi-cas, são subordinadas a leis similhantes; e, embora não atinassem os sociologos com os factos que me induziram a taes affirma tivas, confessam que a maioria das leis propostas

em sociologia lembram perfeitamente leis physicas, como aquella regra, tão malsinada pelos críticos, que De Greef formulara: os phenomenos e as funcções immediatamente antecedentes actuam mais immediata e directamente sobre os phenomenos immediatamente seguintes.

Vejamos por agora a formação de um direito, em que haverá margem para verifi-carmos o quanto se descura de psychologia em sciencia juridica.

Quando o direito nasce, comprehende, forçosamente, um sujeito, um objecto e a relação produzida pelo acto, porque sem o primeiro, juridicamente, não ha autor de acção, e impossível seria a pratica do acto; sem o segundo porque é de si evidente a necessidade irrevogavel da coisa sobre que recaia o di-reito ; sem o ultimo porque equivaleria a tirar ao acto a sua essencia geradora. A possibili-dade em que os juristas concedem de um direito sem titular é um risível disparate. Picard, em um capitulo sobre anatomia de direitos, dá como elementos essenciaes, o sujeito, o objecto, a relação e a coacção. Dis- cordo. Fóra de dúvidas existe, como elemen- tos essenciaes á vida de um direito, o titular, o objecto, a relação e o sujeito passivo, sendo

que no elemento physiologico, que é a rela-cão jurídica, se coagulam a protecção e a coacção e outras mais propriedades quel por ventura lhe quizessemos descobrir. Não causará mais extranheza a inclusão do su-jeito passivo, porque se aceitassemos a gra-phia de direito, aliás aproveitavel, de Edmond Picard, teriamos direitos sem sujeitos pas-sivos, e portanto sem coacção e na impossi-bilidade completa de se realizarem. Tres interrogações desmoronam o asserto do a lictor de *Le Droit pur:* — quem é forçado a realizar um direito intellectual? A sociedade não será, nos direitos reaes, um sujeito pas-sivo? E quem se obriga a objectivar um direito pessoal? Absolutamente não seria a socie-dade porque não teria razão de ser o termo technico. E' admiravel que tal aconteça a quem viajou « quarenta annos no mundo jurí-dico » e alto e bom som se afora « trabalha-dor e artista do Direito «...

Nesta parte estudarei, cada qual de per si, os elementos anatomicos, passando ligeira-mente á personalidade, ao elemento physio-logico, e, finalmente, ás leis psychologicas que se me depararam na formação dos direi-tos, talvez sem a conveniente clareza e pro-lixidade, que se faziam mister para a exposi-

çao da theoria physica do Direito, anteriormente debuxada.

Calcada na observação directa, poderíamos entalhar a classificação dos factos geradores de direitos, refusando, de todo em todo, usanças de terminologia antiquada, que não resistem a bôas luzes e descoram, a subitas, ao toque de uma investigação despeiada e livre. Os direitos, em verdade, ou provêm de factos inquinados naluraes, como o nascimento, embora o verdadeiro phenomeno productor seja a proposta ou convenção collectiva, que *é o* laço entre a sociedade (titular) e a pessoa (sujeito passivo), em um direito cuja relação physiologica *é* unicamente a protecção, e cujo desapparecimento é gizado ou distendido por outro facto, a que por egual se concede o qualificativo de natural, como a maioridade, a morte e a insanidade mental; ou surgem de actos psychicos propriamente ditos, que são lícitos ou illicitos, conforme a normali-dade ou anormalidade de sua origem, e conveneionaes ou unilateraes, segundo a reciprocidade ou insulamento apparente da vontade dos sujeitos. De certo não cabe-ria na trama de coherencia que deter-minei abarcasse todo este trabalho, a ad-missão da ultima classe de actos, a menos

que os considerasse emanentes (como mui de industria acima o disse) do « isolamento » apparente, accordando. assim com o fio de minhas idéas : não acredito de feito, nem poderia assisadaraente tolerar, porque a observação não m'o permitte, a seriação dos actos geradores de direitos em convencionaes e isolados, máo grado haja a seu favor uma adopção quasi secular. E. Picard, um dos que em tão crasso erro incidiram, refere direitos sem sujeito passivo, o que é absurdo e, sobre prejudicial, destoante de bôas idéas, com presuppor a defeza do malsinado discrime.

Mas voltemos a theoria psycho-physica.

A theoria dos processos (siderio, chimico, vegetal, animal e social) conforme me permitto denominar a doutrina philospphica de Gumplowiez (1), homem de prol em coisas de sociologia, serve-nos de defeza basilar á nossa theoria. Vejamos. Se os elementos são identicos e se a mesma força opera na formação do mundo, dando logar ao maravilhoso equi-líbrio de energias que a lei da gravitação em physica, da hereditariedade e selecção em biologia e a existencia de regras jurídicas e linguisticas em sciencia social nos denun-

(1) GUMPLOWICZ. *Geschichte der Staatstheorien, 1905*.

ciam, havemos o mais eloquente arrazoado para a critica favoravel de nosso modo de conceber a evolução de um direito, diremos até a sua psychogenese. Não nos aprouve usar de suas ídeas, nem as analysar sequer, pela razão unica de valer-nos sómente em seus traços geraes, pois que em nenhum dos juristas-philosophos se me azou o encontro de uma intuição sequer para o estabelecimento do que rotulei significativamente — theoria psychophysica do Direito, - salvante uma ou outra passagem em que os sociologos, es-tudando factos sociaes, poderiam atinar com o processo formativo dos organismos sui-generis do direito.

I

Examinados que sejam ao clarão de methodos scientificos, considerados em si, os direi-tos apresentam, como os individuos, nascença,: desenvolvimento e morte. E tanto é admiravel a analogia, fonte abundosa de informações seguras, quando entre elles existem os dous processos (biologico e social) de reproducção, polarizando-se, como se o organismo sui-generis do direito fosse o mais complexo dentre todos e o em que mais amiude se extre-mam os phenomenos reproductores, de contagio e de geração perfeita. Não se deve, porém, confundir o direito com a acção. « O fundamento jurídico da acção, — escreve um jurista brasileiro, — é o proprio direito vio-lado, e o seu momento funccional a mesma violação por parte de pessôa determinada. Esta violação cria um vinculo de direito iden-tico a uma obrigação, da qual é sujeito activo

o titular da relação de direito, e sujeito passivo o seu violador (**I**). » Efflectivamente ha uma relação nova, jurídica tambem, porém nunca um novo direito, como deixam transparecer Monteiro. Garsonnet e Mattirolo entre outros, principalmente este, quando diz que a acção representa a garantia judiciaria,« quasi diremmo in linguaggio arithmetica, um diritto alla seconda potenza, ossia il diritto de far valere um dirito in giudizio ». Não ha um novo direito, mas uma força negativa, cujo escopo se resume em destruir a relação positiva, falsa e criminosa, que um violador estabeleceu entre sua pessoa e o objecto. O sujeito passivo é a sociedade, se é de acções prejudiciaes ou reaes que se trata, ou uma outra pessoa se a acção é pessoal, isto é, se numa preexistente relação de direito obrigacional se funda, quer seja, conforme seu resultado, acção reipersecutoria ou meramente penal. Ha, portanto, ao muito, confusão de idéas a respeito do que sejam um direito e os elementos que o compõem. Certo

(I) J. MONTEIRO. TH. *do proc. Civil e Commercial, 1905,* v. I, p. 87. GARSONNET. *Précis de Proc. Civile,* n. 132, p. 210. MATTIROLO. *Elem. dl Dir. Giud. civ. ilal..* X. n. 21.

é que se acham na posição respectiva de um credor e de um devedor, como pensava Savigny, o que soffre a violação e o que a commetteu; mas isso não nos induz a concluir que exista um direito, isto é um phenomeno jurídico perfeito. Ha o direito de acção, mas esse se confunde essencialmente na relação preexistente de direito real ou pessoal, e representa, como o rechaço, uma propriedade mesma da força.

Traços e condições existem no direito e na acção que poderiam superficialmente assegurar a opinião de Mattirolo, e, aliás, avivar divergencias completas : todos sabemos a identidade que se estabelece no direito e na acção a respeito de capacidade; entretanto isso, se muito á flor nos conduz a dizer que acção é um direito, contrariamente nos leva á verificação de uma simples parecença de relações, de actos e de forças «jurigeneas ».

A violação é a molestia, a acção o reme-dio impetrado, o processo não é mais que o conjuncto de actos, pelos quaes se observa a applicabilidade da lei, e a prova, finalmente, que representa o diagnostico, não é mais que o acto ou historico do qual se intenta auferir a existencia ou inexistencia de uma relação jurídica.

O direito, producto quasi sempre de actos exteriorizados, refere-se a esses, não aos pensamentos : entretanto não é motivo para crermos que só se occupe de ama parte anormal do mecanismo psychico, pois, ainda que assim suppuzessemos, teriamos, de William James, a affirmativa de que o mecanismo da idea-motor é o facto normal, não « uma curiosidade característica de nossa vida psychica » (1).

Pela razão mesma de serem produzidos por actos exteriorizados, os direitos apresentam as mais diversas feições, ao passo que as acções são sempre similhaveis umas ás outras : as controversias de domínio, quer entre particulares, ou, sob o rotulo de jurisdicção, entre estados autonomos ou soberanias completas, resolvem-se pela mesma pauta judicial, buscando, por vezes, no direito privado o lastro commum de suas soluções. Entre-tanto, se examinarmos attentamente os direitos que lhes correspondem, notaremos facilmente a differença especifica que vai do direito de um individuo, no senso strictissimo do vocabulo, ao direito de um paiz, não es-carado o modo porque esse direito se affirma

(1) JAMES. *Principies 0/ Psychology. 1891*. II, p. 522.

e se prova, nem as condições porque foram adquiridos, pois que o ut*is possidetis* e o *beati possidentes* lhe algamassam um fundo commum, mas os elementos que os com-põem (**I**). Os litígios territoriaes assimilham-se aos vulgares litígios de posse entre particulares, mas se lhe restolharmos as causas, analysando, como dissera já, os elementos que compôem uns e outros, cedo nos distan-ciaremos desse modo de ver prejudicial á bôa marcha do estudo dos direitos. Senão veja-mos, commettendo-nos ligeiro exame, quaes os elementos anatomicos que os constituem separadamente : na posse, ou no domínio (direito privado), sendo um individuo qual-quer o titular, a sociedade será forçosamente o sujeito passivo, ao passo que na jurisdie-

(I) • ... na essencia, juridicamente, nenhuma diffe-rença vae das controversias de posse e domínio entre particulares ás de posse e jurisdicção entre communi-dades semi-soberanas, como os membros de uma federação de Estado ». Ruy BARBOSA. *Direito do Amazonas ao Acre Septentrional. 1910*. v. II, p. 5. Referimos, ou* trosim, o *utis possidetis e o beati possidentes,* com a certeza de que a antiguidade ordinaria e a immemo-rial, • jurigeneas », existem, como correspondentes da prescripção, no direito das gentes, com o assentimento quasi geral dos mestres. G.P. MARTENS. *Précis de Dr.* Ides *Gens. 1864*. I, p. 196.

ção, aliás, sendo a sociedade (personalizada no Estado) o verdadeiro titular do direito, o objecto é de algum modo o mesmo do direito individual anterior, e o sujeito passivo, sel-o-á a communidade internacional, se o podermos sómente encarar pelo direito das gentes, ou os indivíduos de toda espécie, se, melhormente, nos podermos collocar sob o ponto de vista amplíssimo do direito individual. Respeito as acções, desapparecem as raias que existem entre o direito publico e o direito privado : os litigantes, indivíduos ou communidades, assumem posição identica na defeza de seu direito, e a lei, omissa no ultimo caso, vai, por vezes, buscar ao direito pri-vado os recursos necessarios a sua bôa interpretação e applicabilidade perfeita. A' me-nos persistente observação, todos esses as-sertos facilmente se acreditam, desde que attentcmos a identidade de processo, ainda nos mais complicados problemas judiciaes de politica internacional.

Ninguem ha de julgar inepto, nas pendencias de jurisdicção, o ensinamento manado do costume e dos bons actos de direito pri-vado similhaveis ao acto posto em julga-mento. As provas, testemunhaes ou documen-taes, têm aqui e ali o mesmo valor material e

psychologico, a que se deve dar o relevo completo e conveniente, apurando a verdade da existencia ou inexistencia da relação de direito, que é o motivo principal da contro-versia, e, dest'arte, ajustar ao facto a lei existente em direito publico, se de casos entre semi-soberanias ou soberanias se trata, ou em direito privado, se soluções de tal esphera se versam, ou em ambos, se no direito indi-vidual commum é que se encontram factos capazes de esclarecer o processo, graças ao recurso precioso da analogia ou da parecença essencial. Faz-se apenas necessario, para es-treme criterio judicial, a mesma posição juridica dos litigantes, verificado pela analyse do direito no caso em pendencia e no julgado anteriormente.

E não é só : a acção não se confunde com o que geralmente se denomina, subjectivamente, « direito de acção >. A primeira é uma modalidade do instincto de conservação, que aliás não se manifesta sómente sob a vesti-dura de instincto, ao passo que o segundo é a capacidade de tentar conservar-se, um des-ses direitos que constituem a mole immensa dos recursos, das utilidades e dos benefícios, que o Estado nos concede em troca dos pro-ventos varios que lhe outorgamos e de di-

reitos em que assumimos o caracter de devedores.

Essas idéas, ventiladas agora incidentemente, serão utilizadas mais além, no capitulo em que intentarmos estudar os elementos physiologicos do direito — a protecção e a coacção.

Tratemos, agora, por miudo, dos elementos anatomicos que entram, combinados, na composição sui-generis do organismo juridico : o titular, o objecto e o sujeito passivo. Referimos assim o titular e o sujeito passivo, porque cada relação de direito consiste em um laço entre uma pessoa e outra (**I**), e o objecto, que c tudo que está submettido á vontade do sujeito juridicamente capaz (a). Titular é o credor nos direitos obrigacio-naes, o possuidor da coisa nos demais casos, inclusive quando se trata de direitos políticos, em que o objecto não é mais que o de uma divida do Estado para com os indivíduos capazes de ser devedores, perante elle, de outros tantos direitos egualmente abstractos.

(I) SAVIGNY. ***System*****. II, § 6o, p- 1-2 :« ledes** Rechtsver hältnis besteht in**der Beziehung** einer Person zu **einer anderen** Person. »

(a) SOKOLOWSKI. ***Die*** *Philosephie im Privatrecht. 1902*, p. aS.

Titular de um direito, portanto, é sempre o homem ou uma communidade personificada.) Os objectos de direito são todas as coisas e actos susceptíveis de valor e apreço, por modo que os podemos seriar do seguinte modo :

— *pessoas,* nos casos de parentesco, natu-ral ou moral;

— *coisas,* direitos reaes; e

— *obrigações,* direitos pessoaes.

Sujeito passivo é o que se obriga a realizar ou garantir, em condições, a conservação do direito : no primeiro caso estamos perante os direitos pessoaes, que são direitos não « realizados » ainda, no segundo perante os inculdados direitos reaes, aquelles em que o su-jeito passivo é a sociedade que os assegura, por mercê das autoridades judiciaes que a representam. Dahi tres termos technicos singelamente elementares, cuja conhecença é de todos : acção, prova e litigio. Assimilham-se, mas não se confundem, como em parte acabamos de observar mais acima. A acção tem um equivalente na phenomenalidade universal, — a repulsão dos corpos em physica, ou o poder individual na physiologia... Provar é esclarecer, diagnosticar, persuadir. Litigar é

querer á viva força, articulando razões, patentear o seu direito, adquirir, ao cabo, da sociedade, a garantia directa ou indirecta de uma posse, ou de um direito qualquer, seu, mas disputado por outrem, que lhe opponhe as barreiras de outras provas. A potencia judiciaria então se arroga o feito, ajusta os factos, collige as provas, e, no cotejo racionavel, tenta applicar as leis aos casos occorridos, como os prophetas quadravam sobre o corpo mal affecto as benzeduras cabalís-ticas. O direito, se vivia, reanima-se; se nunca existira, então o mal reponta e cresce, e, afundado no injusto, se constitue pelo , elemento psychico que é o facto intencio-nal da vontade disputante. A sociedade impõe a um terceiro, no caso de direito pessoal, a observancia das condições, ou assume de si mesma a attitude de sujeito passivo, mantendo o credito das decisões judiciaes, de qualquer especie que sejam, conforme o tribunal que competentemente as pro-ferira.

II

De momento a momento, por incessante amontoar de applicações novas e modos individuacs de mirar as coisas, de compre-hender os phenomenos e analysal-os, com vagares, á luz que baixa de methodos positivos, o saber humano se desenvolve, augmenta e prolifera, sem que se perceba levemente, por mais estéreis que sejam as épocas historicas, o descontinuar desse pro-gredimento, cujos caracteres e tendencias mais elucidativas, posto que mais essenciaes, são a especialização e a procura do mecanismo dos factos. O ponto em que essas operações se assediam, o centro de irradiação philosophica, a trilha que se obedece, varia de quando em vez: aos processos de antanho, com que se sobre teciam codigos de sabença e se lineavam soluções arrojadas, seguiram-se os preconceitos de nossa edade e

o cabedal de experiencia, cuja feição singular aos posteros poderá parecer vaidoso e admiravel, opulento e magnifico. Ha o oscillar das impulsões, que encurva o evolver intellectual das raças, em tropeços, em desplantações successivas e inquietitudes caprichosas. Mirado atravez de analogias salutares, o desenvolvimento dos povos bem se nos apresenta, maxime em se referindo esforços de intelligencia, como um torçal curioso de estados psychicos que se combinaram, puras intermittencias habituaes de attenção social.

E não c só : aos caracteres dessas tendencias por bem se hão de accrescer a unidade scientifica, e a amplitude incontestavel, inteiriça. Os defeitos do espirito humano, com se reproduzirem de individuo a individuo, transmittem-se maravilhosamente ao povo, socializa-se por assim dizer : todas as descobertas, todas as obras que se idealizam, ou se pensam de realização possível, possuem em si defeitos inevitaveis porque originarios, profundos porque característicos, — os defeitos e virtualidades do espirito humano.

As leis physicas, as leis da propria biologia, com serem multiplas e denunciadoras, aliás, da possança de nosso espirito, des-

parzem-se, desennovelam-se, applicando-se a outras sciencias, adaptando-se a series novas de factos, não por se transplantarem de todo, mas empenhadas na acolhença de similitudes que abram passagem á mercancia de subsídios. E não será. por ventura, a plu-ralidade de leis, resultante de nosso espirito defeituosamente analysta? Não ha luz a que se elucidem taes coisas. Apenas nos cabe especular, pensativos sobre assumptos deste porte, e bem certos de que a analyse multi-plica os erros, dividindo-os, cumulando-os de onde em onde.

Até os methodos, processos logicos de verificação scientifica, só por si constituem seara commum de muitas disciplinas : dahi, a meu parecer, a superioridade do methodo experimental, estreme de insinuações individuaes, dotado de vigor e precisão mathematica, e o unico, emfim, que sobreviveu ao voserio, ao acoite, á nevrose destruidora e necessaria da critica. Os factos psychologicos, estudados em seus elementos, muita vez a grado de raciocínios forçados, offerecem maiores em. pecilios que os factos sociaes, pois estes se obrigam á condição de vida exterior, ainda que mais complexa. Não obstante a variedade de fontes que aos phenomenos sociaes se

attribuem, a sociologia possuo, perante a psychologia, uma vantagem seria, como ha alguns annos notara o eminente Durkheim : —a exteriorização continua. O direito existe « nos codigos e os movimentos da vida quotidiana se inscrevem nos numeros da estatística », como os delictos se sleriotypam nos annaes da criminalidade e os acontecimentos memoraveis, cujo caracter é tão vago, tão espiritual, se revelam em vulgares incrustações do pensamento collectivo : as religiões perpetuam-se, consubstanciadas ás vezes, nos canticos, nas praticas rituaes e velhas usanças de humildade e martyrio, de onde os historiadores exhumam costumes individualissimos, concatenam episodios, reconstroem majestosos scenarios, reanimam traços psychologicos de fanaticos e revoltados, dando campo immenso ao borbotar da fantasia. Estudiosos que vão de Muir, Weil e Noeldeke até aos modernos pesquisadores, como Goldziher, psychologos do merito de Sanglé, explicaram-nos a personalidade prophetica de Mahomet e a dolorosa individualidade do Christo. Assim a linguagem como as religiões: estudamol-a nos archivos, nos poeirentos alfarrabios, cotejando famílias de palavras. medindo tendencias e exarando, a espaços,

notas semanticas, até descobrirmos sobre o. lastro commum da linguagem humana os traços pessoaes dos dialectos. Ainda a mesma idéa estenderemos ao focklore cujos estudos se succedetn, se encadeiam, comparando os paizes e os tempos, e dando inductivamente a preciosa noção da psychologia rudimentar
dos povos.

Ao psychologo, porém, é mais ardua a missão que se lhe commette : sciencia de antigos tempos, sómente agora logrou o ostentoso cabedal de suas relações experimentaes. Grangeia leis verificadas e propugna o conhecimento do individuo. Será, comtudo, um anciar perpetuo...

A empresa que se arroga ao sociologo, sobre mais convidativa, é mais seductora, de mais facil aprehensão, embora se lhe associe, além da busca afanosa dos effeitos e das influencias, o destribuir por menor os elementos permanentes ou momentaneos, e encorpalos, fundil-os, porque determinem a enscenação perfeita dos acontecimentos, o descortino amplo das syntheses ulteriores. Assim em sciencia do espirito como em sociologia não nos satisfazem generalizações da natureza e dynamismo das sociedades; tornam-se necessarios labores ensofregades, — restolhar,

extrezir particularidades, por que se attinja finalmente a analyse scientifica, e subir então, com vagares, das experiencias e pormenores ás vistas geraes e ás syntheses.

Nas idéas propedeuticas, em que as concepções fundamentaes preludiam, e de par os esclarecimentos necessarios á desenvol-tura do assumpto, alguns dados logicos, e, por vezes, fructos de experiencia e observações proprias, nos collocaram á condição de aceitar, como base da personalidade jurídica, por isso mesmo que proveniente da responsabilidade social, o que intitulei, acertadamente ou não, o « eu-apparente ».

Mais além, estudando os actos que pompeiam, classificados, entre a psychologia e o direito, se nos azou opportunidade de mostrar, entre os acontecimentos Ulteriores, mentaes, que se exteriorizam, suscitando relações juridicas, os factos da vida social,

— ora do homem na sociedade (pessoa natural), ora dos agregados de homens (pessoas fictícias, jurídicas), cujos typos principaes são

as sociedades de commercio. A seriação releva-se, portanto :

I. Pessoas naturaes, o homem só por si, responsavel juridicamente pelos seus actos: creação psycho-juridica;

II. Pessoas sociaes ou fictícias, grupos de indivíduos ou de direitos que os representam, com um fim social que lhes permitte iudependencia : creação socio-juridica.

Desde cedo, como se devera assoalhar, foi intento meu, relevante, o não demolir, pois a bôa critica scientifica *ê* a que constroe, afim de solapar pela incompatibilidade de duas doutrinas ou mais, as theorias ou hypotheses contrarias. Havia, de feito, larga messe para destender idéas, refusar futilidades de technologia, cujo desenrolar de razões seria interessante. Escaparia, comtudo, á orientação que me impuz, desapparecendo no fugace da linguagem sem brunidura e sem preciosos requintes. Qual a natureza da personalidade juridica? Estudal-a-ei como se fora em psychologia. Todos sabemos qual o moderno conceito da pessoa em sciencia do espirito, •— um complexo de actos psychicos subordinados a ten-dencias individuaes. Facil será, mercê de idéas que a classificação dos actos psychojuridicos nos suggere, reconhecermos na personalidade jurídica, que Schiattarella imaginava uma colonia de direitos, um systema autonomo de actos jurídicos. Ambas retratam a personalidade biologica, como a psycho-

logia e a sciencia do direito espelham, ao tecerem os seus phenomenos, a propria sciencia da vida. O que Bazaillas inculcava, não ha muito, « a lei da pessôa », é a mesma lei biologica e juridica da personalidade : a organização em systema determina a linha essencial que intercepta a confusão de uma serie de actos. Attenta a formação, a causa, ou o proprio mecanismo, as pessôas são similhaveis a todos os systemas physicos. A noção da personalidade, temol-a na psychologia; e em outras sciencias mais rudimen-tares apparece, furtivamente, a imagem ver-dadeira e confusa da pessôa, do individuo : verdadeira, porque, sendo todos uma porção de actos derivados de uma fonte unica, ha entre elles uma tendencia forçosa, baseada na similhança ou identidade mesma de elaboração; confusa, porque, sendo a entidade psychologica um conjuncto de factos mentaes, se confunde com os grupos sociaes que são, por egual, systemas de actos psychicos, posto que mais amplos, e direi até, incor-rendo o risco das explicações redundantes, — systemas de personalidades psychologicas. No caso vertente, melhor do que eu, fa-lará Le Dantec. Estribado na noção de epi-phenomeno de consciencia, engastulo psy-

chico dos phenomenos physiologicos, o escriptor francês discorre acerca da personalidade e faz partir o seu estudo das expressões seguintes, tomadas a E. Gley : porque tem a consciencia dos actos que se produzem em si e os vê assim, de algum modo, nascer, ao homem seduz a crença de que é o operario e a causa. Surge, porém, ante Le Dantec, a discrepsncia estremada da causalidade da consciencia : é uma propriedade geral da materia ou uma propriedade especial das substancias plasticas? A questão não nos interessa. Para elle a personalidade é correlativa da struc-tura do systema nervoso, o que vem sustentar o que anteriormente aventei: « a structura do systema nervoso varia a cada instante da vida, o epiphenomeno de consciencia modifica-se tambem a cada momento, e somente liga esses estados successivos uns aos outros a particularidade physiologica chamada memoria. O mesmo epiphenomeno de consciencia acompanha sempre o mesmo phenomeno physiologico... (1) »

Meditando-se a licção proveitosa que ahi fica, ajustando-a ás idéas que expuzemos a respeito da formação dos direitos, chega-

(1) F. Le DANTEC. *Theorie noucelle de la vie, 1908*, p. 312.

remos sem custo á seguinte conclusão : a personalidade jurídica, como capacidade potencial que é, manifesta-se correlativa da personalidade psychologica, compondo-se de epiphenomenos de vontade consciente, como aquella de epiphenomenos de consciencia.

Creação psycho-jurídica. Ordinariamente, em psychologia, se procura distinguir a intelligencia e o instincto, agrupando uma porção de definições esmeradas, cujo merito erma em producções mera e exclusivamente opinativas. Algumas, porém, alcançam estabelecer as raias provaveis, extrezir a linha de separação que entre si a intelligencia e o instincto subtilmente traçam. Escuso-me transladar os dizeres dos psychologos em evidencia, que devem ser de sobra conhecidos, permittindo-me apenas recordar expressões de Bergson, pensador original e profundo, e pelo mesmo feito, do eminente sociologo americano Lester Ward. A intelligencia, diz um dos escrip-tores que referimos (1), no que possue de innata, é « o conhecimento de uma forma, » os passo que o instincto «implica o de uma materia ».

Pensando assim, Bergson cava, entre um e

(1) BERGSON. *L'évolution créatrice. 1907*, p. 161.

outro, a differença basilar de natureza: a intelligencia afigura-se-lhe deste modo espiritual, ao passo que o instincto reveste um mecanis-mo bruto, material, originario. Ward vê ainda a intelligencia e o intellecto, a que de-nomina pomposamente o « co-efíiciente da intelligencia » (1). Attento o discrime ante-rior, em que o espirito de Bergson se com-prouve, cabe-nos levar o fio do assumpto até o conceito psycho-juridico da consciencia, sem a grosseira e desmensurada erudição com que se podem ostentar galardões insophismaveis de sabença. Vejamos, no caso vertente, os sós psychologos que mais a fundo disser-taram do problema magno da consciencia.

No intento de explicar taes phenomenos, que as doutrinas e theorias antigas ensom-braram, J. Soury, em valioso ensaio sobre a psychologia physiologica dos protozoarios, redul-os a simples epiphenomenos, « que acompanham os processos psychicos, como ao corpo segue a sombra », fielmente copia-ando as linhas e os contornos (2). A vontade

(1) LESTER WARD, *Dynamic Sociology*. New York. 1902. I, 405. 507. (a) SOURY. *La psych. phys. des Protozoaires*. Rev. phil. XXXI.

consciente, que é um dos mais delicados phenoinenos nientaes, constituo egualmente uma synthese de epiphenomcnos, e nella se assediam os caracteristicos da psychologia jurídica, que são as condições necessarias e determinantes da volição «juri-genea », — a responsabilidade social do acto volitivo e a capacidade potencial de querer, de propor ou de aceitar. Já lembramos, não ha muito, o que era physica é corrente, e exaramos as similhanças que existem entre o phenomeno jurídico e o facto physico. Escusado é repetir. Um individuo, psychicamente são, gosando das mesmas condições de personalidade psychologica que quaesquer outros, pode não possuir integra capacidade jurídica, nem estar nas condições exigidas para poder querer I juridicamente o que, na verdade, psychicamente quer e pode a toda força desejar. Na evolução da vontade, desde a mais rudimen-tar irritação de necessidade organica até a organização maravilhosa da vontade jurídi-ca, ha a apparencia vertiginosa de uma es-carpa: se podessemos surprehender o deter-minismo remotíssimo de um acto de volição jurídica, teríamos de baixar pouco e pouco, através da psychologia, da biologia, até aos processos originarios da physica, e volveria-

mos acompanhando, em ordem natural, a formação curiosa de ama vontade jurídica, como se fora uma vibração a decrescer de enegia, a volatilizar-se, por assim dizer, cm ondas cada vez mais largas, á medida que lhe diminuíssem as probabilidades de aprehensão a cada fronteira de uma nova sciencia.

Podemos dizer, finalmente, que é a continuidade dos phenomenos mnemonicos e volitivos, entrançados pela associação, que determina a personalidade psychologica, e que se os epiphenomenos mantem entre si, naturalmente, a mesma relação que os phenorne-nos sustentam, a personalidade juridica é um verdadeiro epiphenomeno da personalidade psychologica. Assim como a individualidade, no homem, é « a accumulação e a condensação na camada cortical do cerebro de cons-ciencias elementares, originariamente auto-nomas e dispersas >, como aprouve a Ribot definila, no homem jurídico, similhante-mente, se nos afigura a condensação e o ac-cumulo de estados elementares que podem produzir actos psychicos capazes de estabe-lecer ou destruir relações de direito. Dahi se conclue, tanto em psychologia quanto em sciencia jurídica, a variedade quasi direi in-

finita de individualidades (I), matizadas cada qual de um colorido proprio, umas dotadas de íntegros poderes, outras desfalcadas em seus proventos de capacidade. Refusadas al-gumas definições sem merito, que transcen-dem á esphera scientifica, afumadas pelas velhas ideas do ser dotado de faculdades in-dependentes, ha conceitos verdadeiros entre os juristas a respeito da theoria psychologica das pessoas, principalmente em obras do valor das de Julius Binder, Sommières e| Giuseppe Amadeo (a), sem falar em Savigny. A pessoa natural, sendo, como é, uma creação psychologica, transmittem-se-lhe ca-racteres e traços geraes da pessoa correspon-dente em sciencia do espirito, e as alterações de ordem mental, influindo nas relações soçiaes, nella se copiam : e de tal forma, as mais das vezes, taes alterações se espelham no ente jurídico, que a insanidade da mente se tornou, no domínio das leis, um dos mais importantes problemas. O mesmo mal que impossibilita a boa marcha do espirito, ferre-

(I) **RIBOT. MALADIES** ***de la*** *personnalité, 1907***.** p. 152**.**

(a) GIUSEPPE AMADEO. ***Delia capacità di diritto*** *priva to* ***dei corpi morali 1904***. Vareilles **SOMMIERES.** ***Les person-nes mo****rales. 1904***. D**r** BINDER. ***Das Problem de»*** *juritis-****chem Pevsönlichkeit. 1907*****, p. 578.**

teia-lhe, no terreno do Direito, a incapaci-dade jurídica.

Não se me commette, em livro de tal porte, estudar as alterações a que alludimos, fa-zendo obra de medicina judiciaria ou de criminologia, senão tratar, de ligeiro, phenomenos de diminuição, de simulação e de dissimulação de capacidade jurídica. A diminuição da capacidade funda-se na responsabilidade jurídica, portanto no eu-apparente, embora as mais das vêzes as molestias da mente attinjam o eu-personalissimo, destruindo por assim dizer a individualidade psychica. O hypnotismo que é o mais amplo meio de verificar, pela experiencia, as alterações da personalidade, modifica, reconstitue ou transforma de todo o eu-apparente, lembradas que sejam as idéas ventiladas na introduc-ção deste ensaio. E' assim que o eminente Ribot, alem de outros escriptores de alta valia, sem perceber, mão grado extrema sub-tileza philosophica de que dispõe, a duali-dade que a pessoa psychologicamente offerece, como se fosse composta de duas cama-das adstrictas, já escrevia em 1891, de acordo com Fr. Paulhan, Azam e James, que as alte-rações da personalidade « produzidas pela experimentação não penetram o intimo do

individuo e sómente pela reincidencia logram erear um habito mental ». Dahi se conclue a certeza da doutrina corrente, pela qual não são incapazes sómente os loucos e os meno-res, senão tambem os que estão sob a acção alienante do hypnotismo e de qualquer outra maneira de coacção e violencia.

0'entre os factos que tornam nullos ou annulaveis os contractos, alguns pertencem, outros não, á psychologia juridica. O erro, por exemplo, não lhe interessa, ao passo que o dolo, a violencia e a simulação constituem campo vasto para indagações de tal especie: existe dolo, quando se conduz um individuo a erro, por mercê de artifícios, ou se aproveita para tal fim o erro de outro (1); violencia, quando a força posta a serviço de uma das partes, quer seja a força pliysica, ou a força moral, que intimida ou annuncia a violencia material, degrada o contracto pelo ataque á Uberdade de alienar, de adquirir e de obrigar-se, que constitue de certo modo a essencia da personalidade jurídica. Analysando a essencia do erro e do dolo, e, por outro lado, a

(1) BUCHER *Forderungsr.* I § 35. LACERDA DB ALMEIDA. ***Obrigações, 1897. p. 248.*** **Kohler.** *Einführung in dieRechts wissensehaft. 1908*, **p. 237.**

essencia da violencia physica ou da intimidação, disse muito bem o Dr. Lacerda de Al-meida, que na falsidade do motivo deter-minante da vontade » está a essencia do erro e do dolo : « a parte prejudicada visa o pro-prio interesse : a realidade doa factos desengana-a » (1), ao passo que « na violencia, ao contrario, o motivo é real, existe, mas a von-tade serve a interesse alheio, decidindo-se pelo mal menor. » Vejamos, em seguida, a simulação. A simulação pode ser de actos, quando sem quererem effectuar actos jurídicos, os indivíduos fingem celebral-o; quando se praticam actos diversos dos que se têm em mente ; de pessoas, quando a laço juridico se estabelece entre pessoas diversas das que foram declaradas; de capacidade jurídica, quando se mostra « poder querer » sem para isto estar juridicamente autorizado; e, finalmente, de insanidade, quando se imita o symptoma de uma doença, que possa influir a responsabilidade penal ou na capa-cidade jurídica. Ha simulação e dissimulação de capaci-

(I) LACERDA DE ALMEIDA, *op. cit., p. 254.* SAVIGNY. *Droit romain.* III, § CXIV.

dade psychologica, porque se origine a capacidade ou incapacidade jurídica (semiotica judiciaria), quer em sua acçào positiva, quer negativa (responsabilidade criminal), nos varios casos de molestias nervosas simuladas e exaggero de effeitos provocado pelas perturbações visuaes e auditivas, de aphasia, de cyphose, de escoliose, de paralysia fraudulenta, etc, — de nevroses e symptomas de loucura provocados, com o intento de adquirir a senha prestimosa da irresponsabi-lidade, — de molestias e doenças, cuja dissimulação de symptomas acarreta a supposta integridade da personalidade psychologica e, *ipso facto,* juridica.

Vimos, de relanço, como na personali-dade jurídica as alterações e vicios da personalidade psychologica se reflectem; passemos por agora ao estudo brevíssimo de outra classe de pessôas, as formações sociaes, ou pessôas fictícias, conforme a denominação barata e corriqueira.

Creação socio-juridica. Dissemos acima que a personalidade psychologica é proveniente da continuidade dos phenomenos mnemonicos e volitivos, e deste asserto colhemos idéas sufficientes para a noção da personalidade jurídica : as pessoas fictícias

representam egualmente um resultado dessa] fusão continua de factos, que se opera mercê da synergia ou do contagio mental, que nivela a vontade nos grupos de indivíduos. Se « os phenomenos de persistencia nas especies, por meio da transmissão dos geradores a sua descendencia, se encaixam no grande problema da hereditariedade » (1), se os estudos sobre vontade, memoria, attenção e consciencia devem ser, ao mesmo passo, physico-chimicos, biologicos, psychologicos e sociologicos, é que a mesma figura que' vemos na physica e na biologia se repete, mais individuada, nas demais sciencias, e faz-se mister desentranhar da individualidade physico-chimica e psychologica a noção basilar das personalidades jurídicas.

As creações psychologicas, que são os homens, estudamol-as ha pouco; falta-nos discorrer das creações sociologicas, que são as sociedades de todo o genero, dotadas que sejam de capacidade jurídica, isto é, aquellas que têm o dom de querer juridicamente, e de poder adquirir, pela vontade, direitos e obri-gações.

Conforme os actos que praticam, isto é, con-

(1) HENRY PIÉRON. *Evolution de la Mémoire*. roxo, p- 45.

forme pertençam esses actos ao direito civil ou ao direito commercial, as sociedades dividem-se em duas categorias, sociedades civis e commerciaes, subdividindo-se as ultimas (1) — em sociedades de nome collectivo, que é o typo das sociedades commerciaes (PONT) e representa uma associação de pessoas responsaveis solidariamente, — sociedades em commandita em que se permittc a associação hybrida do capital e do trabalho, e a sociedade anonyma finalmente que é uma associação de capitaes, isto é uma creação socio-economica no domínio do direito. Além dessas ha a sociedade de « responsabilidade limitada » (mit beschränkter Haftung), que tanta acolhença encontrou na Allemanha, onde se depara a curiosa lei de 20 de abril de 1902. Na sociedade em commandita um dos socios é obrigado a responder illimitadamente; na sociedade por acções, para todos os socios ha uma responsabilidade, que se justifica; a sociedade de responsabilidade limitada, que existiu em Franca ha quasi cincoenta annos, foi naturalmente idealizada

(I) HOUPIN. *Traite général théorique et pratique des Sociétés civiles et commerciales,* p. a. *Revue des Deux-Mon-des, aoüt* 1843.

e feita pela experiencia, pelo tino commercial, que chegou á conclusão de que a sociedade de base individual produz melhores resulta-dos que as associações de capitaes (conforme pensa Oechelhãuser), e, havendo, como ha-via, necessidade de responsabilidade illimi-tada, aventou-se a idéa da nova especíe.

A mais vasta concepção de personalidade jurídica é o Estado. Entre elle e as socieda-des civis e commerciaes outras creações so-cio-juridicas se deparam, que não nos será facil mencionar de per si. O Estado, definem-no por varios modos : Duguit dil-o « um agrupamento humano fixo em um territorio determinado, em que os mais fortes impoem sua vontade aos mais fracos, » Bluntschli de-linia-o como a pessoa politica organizada da nação em um paiz determinado, e Worms, apôs ter accentuado que a palavra « Estado » indica que os indivíduos têm consciencia da communidade de vida, conceitua-o como uma sociedade que tem o conhecimento e o sentimento de sua unidade » (1). De mim, já

(I) DUGUIT. *Êtudes de Droit Public.* I. L'Etat... 1901, p. 9. Bluntschlt. 7%. *générale de IElal.* 1881. 2ª ed., p. 18. WORMS. *Organisme et société. 18*96, p. 37. Novicow. *An-nales de l'Institut inlern. de Sociologie. 1897*, p. 162. Dr. A. METHNER. *Organismen und Staaten. 1906,* p. 58.

o defini algures, claramente, como o corpo politico em que a divisão do trabalho chegou a estabelecer o equilíbrio de governo. - Du-guit considera uma illusão a personalidade do Estado e allude á psychologia positiva, que rejeitou, segundo nol-o diz Binet, o con-ceito da alma individual, não tolerando man-tenha a politica o conceito da alma collectiva. Não procede : o espirito deixou de ser a alma fantasista e incomprehensivel de antanho, a que os psychologos de antigo molde a aferrolhavam, para ser, em boa psychologia moderna, a « essencia do eu », o conjuncto dos conhecimentos simples e das acções, o elo mais elevado da evolução dos phenome-nos, ou, como pensa Stephan Witasek, o « involucro dos actos psychicos », caracterizado, segundo o parecer de tres psychologos notaveis, par um elemento irreductivel, — a consciencia. Assim em doutrina como nos factos, existe a personalidade do

KOHLER. Einfiihrung... p. 125 : « Der Staal ist eine ju-ristische Pcrsönlichkeit zu dem Zweoke, um auf bestim-mten territorialcm Gcbiete die Hauptkulturbestrebun-gen der Mcnschheit kraft eigenen Reehts durchzufüh-ren. » LABAND. *Das Staalsrecht des Deutschen Reiches. 1901*. ORBAN. *Le droit constitutionnel de la Belgique. 1906*. I, p. 314.

Estado, influindo directamente o corpo social, porque seria incrível que os actos praticados, aceitos e repetidos, que emanam dessa forma moderna de centralização poli-tica, não fossem factos sociaes. A questão não é de encaral-o sómente como fazedor de decretos, mas ás vezes instrumento sanccio-nador de verdadeiras leis : o grande mestre de direito publico, invertendo a questão, desnaturou-a em suas virtualidades principaes, — não nos permittimos saber se a soberania politica é o poder dos fortes sobre os fracos, mas reconhecer que existe o Estado como personalidade superior e figurando, como titular ou sujeito passivo, nos direitos que representam uma exigencia ou um dever seu perante os indivíduos e outros Estados. A capacidade que possue provem dos interesses alheios, que protege (1). Actualmente os es-tudos socialistas e de democracia de prédica, aqui e ali exaggerados, têm adulterado o conceito legitimo do Estado. Tomando, por exemplo, a Pagano, um conceito de demo-cracia, temol-a firmada no principio que as-soalha, pelo direito que têm todos os homens

(I) PAGANO. *Introduzione alla* del *Diritto. 1908*, p. 152, 118.

a uma porção egual de liberdade e bonança, serem as instituições — a expressão do « consenso de todos », e realizar-se assim a obra ideal da egualdade impcccavel. A divisão do trabalho depôe contra isso, e, havendo, como ha, duas vontades, uma — individual (eu-personalissimo) e outra social (eu-apparente), a democracia pode satisfazer a vontade individual de muitos (aristocracia) e a vontade social de outra porção, jamais a molle immensa dos actos volitivos, o que seria negar a existencia de individualidades. A democracia, portanto, é um desvio, um erro, um illusão falaz e perigosa.

Já Rousseau lhes ensinara algures, no seculo XVIII, aos vangloriosos democratas, que a vontade de todos não é a vontade geral. E a Durkheim, em nossos dias, coube dizer, com o precioso cabedal de sciencias sociaes de que dispõe, que pode existir em todos os espíritos um movimento sem ser por isso um facto social.

III

Na formação do Direito diversos elemen-tos, de natureza e origem varias, se conglo-bam, por modo que se nos commetteu disse-cal-os, um a um, com apuro, em capítulos anteriores : é esse trabalho de analyse, circumscripto a uma especie, que por agora intentamos.

Já referimos, por vezes, como elementos psuchologicos, a protecção e a coacção, cada um de per si, bem a desprazer das theorias existentes de Korkounow e de Picard. Ha, com effeito, alguns direitos, cujo elemento social não deixa transparecer, senão de leve, o caracter de coacção, sob qualquer dos conceitos a que por ventura se force o voca-bulo. Já o notamos algures. Reservamo-nos agora mostrar, sem grandes vagares, que o senso concedido a tal palavra desliza, lento e lento, para uma noção falsa e dogmatica, á similhança de outras tantas expressões que

se adulteraram por mercê da imaginação dos escriptores, nem sempre dispostos a porfiar por uma bôa technica juridica. O que é singular, porém, no caso vertente, é que os nomes de maior lustre e fama se apresentam, um a um, como se de má fé concorressem para o enxovalho ridículo. Não será difficil, comtudo, adduzir que inconscientemente deliquesceram.

A aproximação do senso figurado para o da vulgaridade, que exprime rigor e auste-reza, não esqueceu aos mais eminentes juristas, por modo que contra isso se insurgia, ha pouco tempo, um notavel escriptor allemão, de Zürich, cujas ideas mais avante utilizarei em prol do parecer, que assignalo e defendo, a todo argumento que se me faz auxilio, a respeito dos elementos physiologi-cos dos direitos.

Eleutheropulos, porém, não attentou convenientemente os motivos principaes de estar ás testilhas com os cultores da sciencia de lheríng.

Poderei verificar facilmente a certeza do que digo.

Em sociologia, sciencia em que as theorias mais afoutas pullulam, não é facil deparar-mos concepções que dêm á sociedade carac-

teres de coacção, como que a fazel-a um carcere em que os homens barbaramente se escravizam: todos a sabemos um conjuncto de seres que se juntam pela imitação e se reproduzem (TARDE), um grupo de homens que se combinam pelo trabalho (SACHER), OU, MElhormente, em que cada um auctoriza o fim objectivo dos outros para satisfação dos seus (STAMMLER) (1).

De então a esta parte têm surgido espíri-tos obcessos da lucta e da violencia, entre os quaes, infelizmente, o grande Ihering, que, com a idea da mutualidade de perseguição, dá á sociedade não a apparencia de organismo, *sui generis* é certo, mas a visão dantesca de um inferno ou impressionante mani-comio. Reconheçamos, em contradicta, que a noção de lucta é exaggerada de onde em onde, como todas as noções que se revestem de prestigio : a lucta pela vida existe, mas a divisão do trabalho é um meio necessario á efficacia da lucta, a mutuaçao de proveitos — um progresso, e a solidariedade, final-

(I) WORKS. *Organisme et Société.* I896, p. 34. TARDE. *Lea lois de limitation,* p. 56. STAMMLER. *Wirlschaft und Iiechl.* I896, p. 575, ELBUTHKROPULOS. *Sosiologie. 1*908, p. 180. STKIN. *Die soziale Fraga in Lichle der Philo-sophie. 1898.*

mente, ama consequencia inevitavel. Onde, portanto, a coacção jurídica como producto de perseguição cooperativa? Contra Ihering fala eloquentemente a definição bem pensada de Stammler, e o que ha em sociologia encontra-se por egual em sciencia do espirito, em physica e em biologia, — a repulsão, o rechaço, que é a prova e a tendencia para supremacia do estado actual dos corpos. De facto o conjuncto de vontades que, em direcções várias, admittem entre si solidariedade relativa, para que se constitua um grupo social, opera menos barbara e rigorosamente quanto mais a sociedade é desenvolvida : temos assim, na evolução de uma sociedade como que o enfraquecimento da austereza penal, e, se fosse possível graduar o progresso dos povos, a meu ver, os elos dessa cadeia enormíssima, que se delineara, corresponderiam á normalização progressiva da applicabilidade exacta da pena e ao rigor despido de fereza.

O direito, portanto, não pode ter a missão social que se lhe attribue, nem á lei cabe a funcção de perseguir, embora na vingança consistisse, nos primeiros tempos, a penalidade.

O significado a que se adscreve o vocabulo

coacção », acha-se, em summa, violenta-mente modificado : defeito proveniente de vermos sómente a lucta, a balburdia e o mal, onde existem solidariedade, interdependencia e equilíbrio que maravilham. As acções, em technica juridica, são similhaveis ás reacções varias da materia, ao recudir momentaneo dos corpos, que, violentamente disassocia-dos, atiram scintillas ou temperaturas diver-sas, onde os physicos assignalam tres classes de forças, — a electricidade, a luz e o calor, t A noção psychologica da vida collectiva dos homens », escreve o Dr. Tõnnies, « é a attracção e a repulsão, a coexistencia (Hilfeleis-tung) e a lucta, a reunião amiga e o conflicto guerreiro, de egual a egual importantes e dignos de interesse > (1). Antes, em 1893, le-vado pela corrente de philosophia que come-çava de se patentear, observava Pietro Mantia, com certo brilho caracterisco de lin-guagem : « attracção e repulsão, integração e differenciação : eis a lei que preside a vida cosmica, a lei que governa a materia organica e inorganica, o mundo, os seres, a socie-dade... (a)» Como se vê de sobra, cabalmente,

(1) TÜNNIES. *Das Wesen der Soziologie. 1907*, p. 5.
(a) PIETRO MANTIA. *La Psicogenesi del diritto. 1893,*p. 19.

pelos padrões que apresentamos, entre os que mais de frente trataram o assumpto, nem sequer referiram os escriptores a repul-são existente no direito-organismo. Ihering disto se deslembrou, como todos os outros mais ou menos se esqueceram.

Tratando das relações sociaes e jurídi-cas, das ultimas principalmente que são os eíleitos directos da existencia do elemento physiologico, Tõnnies (p. 8) aventura, com felicidade. a idea de que a relação jurídica é um caso particular de relação social, assim como o contracto é o typo do negocio jurí-dico. Mais avante, querendo estabelecer a differença entre relações de direito de fa-mília, o escriptor allemão asserta que essa se firma não no contracto propriamente, mas no « status », pai e filho, irmão e irmã, monarcha e vassalo. De onde se conclue que é coherente com a nossa theoria do facto intencional como causa de todos os direitos, o pensamento apurado de Ferdinand Tõnnies.

No capitulo seguinte, terminal desta parte, onde se enfeixam idéas concludentes, have-mos de entalhar algumas leis psychologicas, que deparamos á força de observação no processo formativo do direito, formulando-as

toscamente. Ha, porém, uma regra, excluída de lá, que se deprehende de uma asserção feliz de Tönnies; e merece, por muitos titu-los, a acolhença que lhe vamos conceder na trama desta dissertação : a essencia das relações é que qualquer direito realizado dentro da lei se obriga ao dever por ella estabelecido. Representa, de feito, isso, fora de duvidas, a noção substancial da communidade juridica, o processo pelo qual se al-cança satisfação de fins objectivos, mediante o respeito e auctorização das vontades dos outros.

Não é só : se a sociedade força a uma norma jurídica o direito que dentro desta se engendrou, há de exigir e chamar á observancia de seus dictames o promotor do desrespeito. Conforme a nossa theoria psychophysica, a infracção de uma lei, ou o desrespeito de um direito, existe quando se violentam, se cancelam ou se destroem com violencia relações jurídicas, que são produc-tos dos elementos physiologicos e como todos, quer em direito quer em sciencias diversas, subordinados a leis physicas. Para Eleutheropulos não é a coacção que representa o direito, nem se nelle deve vislumbrar « a segurança das condições existenciaes á guiza de

coacção », como queria Ihering (1), nem « ordem de desegualdade », como aventurava corajosamente Gumplowicz, senão a segurança de um fim, que se produz e se realiza neutramente, estabelecendo a ordem entre vontades discordantes, ou, melhormente, como de si-mesmo conclue : «... der Ausdruck und, als die durch zwang zu geltende Ordnung, der Schutz von durchgedrungen Zwecken ».

Em direito, diga-se em sentença ultima, escusando argumentos que se cumulassem em defeza, as palavras protecção e coacção devem possuir significados restrictissimos e proprios : — a primeira quando é de acção meramente preventiva, no caso, por exemplo, da menoridade, que é um direito de que a sociedade é o sujeito activo e a relação jurídica consiste, em si, absolutamente na protecção; — a segunda, quando de acção repressiva, de rehabililação.

(1) IHERING. *Der Zweck im Recht.* **I. p. 434.** ELEUTHREOPULOS. *Soziologie.* 1908, **p. 183-4.**

IV

Pensei mister, em paginas que anterior-mente escrevi, tratar da structura dos direi-reitos, de sua funcção e dos actos psychicos que os engendram, desde que se realizem conforme a lei, no intuito ou não de produzir um dever jurídico. Esse, fóra de qualquer dúvida jacente, representa o característico da sciencia que por agora estudamos: o facto psychico que se exterioriza, como a escapar, transformado, pela escoteira da palavra e dos actos, mescla-se, como o germen aos ovulos animaes, ao elemento social, que, após o processo subtilissimo de coassocia-ção, estabelece a um organismo novo condi-ções varias de vitalidade e de inercia.

A observação dos factos não se afasta um ápice do que sustento, e cumulará argumen-tos sem conto, de exacção flagrantíssima, se ajustarmos a taes concepções a theoria geral

do direito, onde ha muito que explicar, problemas a resolver, controversias pendentes que requerem noções novas, contradicções migradas de conjecturas doutrinarias que necessitam de luz, de estudos apurados, e merecem destruídas, canceladas, rescindidas emfim, ante o exame cuidadoso de uma theoria scientifica.

A quaesquer alterações que factores extranhos motivarem, ferindo a relação existente entre o elemento psychico e o elemento social de um direito, corresponderá um estado anormal, que direi pathologico por assimilhar organismos jurídicos a entes biologicos, o que já é de velha usança e de vulgaridade crassa. As similhanças, os artifícios de parecença, ás vezes exaggerados, são, effectivamente, numerosos e com cer-teza maravilham. Que se afiguram a seres vivos, os direitos, sabemol-o de sobra para depararmos em sua formação e crescimento duas ordens de phenomenos, cujo discrime se rotula em phenomenos de creação e de anniquilamento organico ; resta, porém, saber, no caso vertente, se podemos, exami-nando os elementos constitutivos dos direi-tos, soprezar o mecanismo rudimentar de suas funcções. De mim, que me habituei,

desde muito tempo, a viver mão por mão com os livros de direito, de psychologia e mais sciencias naturaes, subordinando a observações e methodo experimental as analogias que se me antolharam, não me arreceio de prégoar, rematando notas e pareceres em paginas antecedentes expostos, a existencia do Direito como uma sciencia natural, desde que a zoologia, a botanica e a linguagem se pernittiiram este titulo.

Estudada a personalidade e o objecto, elementos anatomicos, e os actos psychicos geradores de direitos, vem a pêlo tratar do elemento physiologico que se descobre nas relações juridicas, ligando entre si o titular e o sujeito passivo. No transcurso deste capitulo, que não escapará a incontinencia peccavel da prolixidade, surgirão aqui e ali algumas leis, razão porque forcejo apoiar a dissertação em melhores dados e articular cabalmente os argumentos e premissas.

I. Attento o que exarei a respeito de factos psychicos, quando, em se dissertando de formação de direitos, se relevou o estudo dos elementos, a espaços desenvolvido depois, creio possivel a extracção de uma regra logica, racional, provinda de expe-

riencia, que se reçume, como verdadeira lei de psychologia jutridica, no enunciado seguinte : O *facto psychico, dotado de fim jurídico* (consciente ou inconsciente), *que se reproduz na inteireza de suas condições, mo-tiva, entre o individuo que o produziu e o que accedeu em imital-o, o laço social de uma relação jurídica.*

Examinada que seja a bôas luzes esta lei empírica, cabe-nos discorrer ácerca das objecções que se lhe possam dirigir, e outrosim determinar o elemento individuante, typico, immissivel, da energia funccional e mediana a que se dá, em bôa technologia, o rotulo convencional e expressivo de rela-ção de direito.

As objecções engenhosas que, por uma convergencia tenaz, podem levantar reprezas áquelle modo de formular a lei basilar de formação dos direitos e das obrigações, resumem-se em allegar que a hypothese mais ou menos provavel das ondulações psyehicas, similhaveis ás vibrações physicas, não é só por si pretexto sufficiente para uma lei biophysica do direito. Taes admoestações, se fossem feitas, orçariam pela incompre-hensão rude e pela mais imperdoavel futili-dade, que jamais se imaginara em questões

serias, — primeiro porque fora preciso desconhecer a impossibilidade evidente de communicação verbal, de qualquer especie, sem o auxilio de phenomenos physicos, sem o estabelecimento de vibrações conductoras, o vehiculo das suggestões que, originando-se da visão ou do som, se deve mover, como este, em ondas cada vez mais frágeis e mais largas, até encontrar um corpo que o repro-duza ou perder-se no ar, inaudível; — segundo porque existe tambem o espaço social, em que as vibrações produzidas pelos factos psychicos se disfazem, como se a sociedade fosse o reflexo do universo e certas leis sociaes a copia nítida das leis physicas.

Poderia nomenclaturar, em seguimento, razões sem conta em prol da lei empírica que delineei, muito terra á terra com o uso geral das formulas commodas e ligeiras.

Escusado é, porém, rastrear argumentos previsíveis. A insustentabilidade de qual-quer objecção, que se ventile, á theoria psycho-physica do direito, manifesta-se de onde em onde, e esta adquirirá firmeza completa se additarmos á doutrina a observação directa dos factos. E' o que desejo encetar. As classificações das figuras obrigacionaes

podem ser de anatomia ou de physiologiA juridica, tratando-se , das obrigações conforme o objecto ou a unidade e pluralidade de sujeitos em relação passiva; entretanto á psychologia toca um dos mais valiosos misteres nesse ramo da sciencia jurídica.

Os títulos ao portador são correntes de força psycho-juridica, que procuram reproducção entre os seres capazes. A solidariedade perfeita, a obrigação correal, ou simplesmente correalidade, segundo a technologia jurídica, e que é uma obrigação unica provida de muitas relações subjectivas (porque essas são tantas quantos são os sujeitos) offerece-nos um exemplar importante de energia psycho-juridica que, partindo em devassão, se repete em muitos corpos capazes, ou, ao revez, partindo de muitos, lograram reflexos num mesmo centro. Dahi a existencia de uma força contraria, negativa (pagamento, solução), que, migrada de um ponto dentre os em que se reproduziu o acto, destróe a relação prevalecente entre o actual corpo productor e o centro primitivo», ou, partindo do corpo reflector para todos os outros pon-tos de producção, elide a relação estabelecida pelo primeiro phenomeno psycho-jurídico. No direito romano, já encontramos o credor

correal em condições de exercer os seus direitos como unico credor (L. 31, § 1. D). de nov.) e esse modo de ver a solidariedade dos sujeitos foi transplantado, quasi integro, para as legislações modernas. Além do meio que exaramos ha pouco, muito á flor, de ex-lincção de obrigações, outros existem que merecem "mais vagarosa mensão, entre os quaes um, dentre todos o mais interessante, que consiste em poder ser a relação jurídica transmittida, á similhança das relações calo-rificas, luminosas, electricas, etc, em physica moderna, pela substituição, como nos casos vulgares de successão hereditaria, cessão, endosso...

Passemos, comtudo, á formula de outra lei empírica, em que, sem deleixar a concepção psycho-juridica que até aqui observei, talvez se cumulem bons argumentos e dados á segurança e prestigio da theoria physica do direito.

II. O *acto psychico (ou a /alta de acção, socialmente prevista) que tem energia egual a de um outro em relação opposta, annula a relação que por ventura ess'outro houvesse produzido.* Conhecemos a origem por bem dizer contractual de todos os direitos, de

accordo com a direcção scientifica que impuz a taes pesquizas : nenhum meio existirá mais facil, presentemente, para esclarecer os dizeres dessa lei, que ahi fica, do que estabelecer e classificar os varios modos pelos quaes as obrigações se extinguem. E o que em seguida articúlo :

a) o direito pessoal transformado em direito real : materialização do objecto (pagamento, dação *in solutum...);*

b) acto psychico do titular, posterior ou coexistente, de egual, maior ou menor intensidade juridica que annula todo ou em parte, ou renova, o facto jurídico, como nos casos respectivos de renuncia, compensação e novação, e, particularmente, de confusão, attentendo-se á existencia na pessôa das duas vontades formadoras de contracto, que se deveriam polarizar no titular e no sujeito passivo;

c) o acto de convenção social: a sociedade desonerando o devedor pela prescripção.

Examinando-se o quadro acima, poder-se-a extranhar a ausencia da « impossibilidade de prestação >, a que alludem os juristas. Ha razões para a exclusão, porque, se um facto torna impossivel o elemento social de

um direito, forçosamente o inhibe : e não ha destruir, que me pareça, juridicamente, o que socialmente não existe.

Segundo a seriação exarada ha. pouco, a extincção de qualquer um dos elementos primaciaes, psychico ou social, conduzindo após si a substituição ou desapparecimento do elemento individuante, acarreta inevitavelmente a morte dos direitos.

D'óra avante, por facilidade de technica, que é força observar, usarei como impres-cindíveis as expressões força « negativa » ou c positiva » para as energias que tomam o encargo de desfazer ou engendrar direitos. Não se me apresenta peccavel, antes preciso e attcndivcl, o criterio discrecionario, que muito vale pela analogia com a mecanica, sciencia basilar de todas as outras. Convem notar que, em se associando estas determinações, justificadas á evidencia, á funcção biologica que possuem as duas series em que os phenomenos vitaes se extremam (Bernard), pode-se estabelecer satisfactoriamente a mi-nha definição de direito, a que por vezes fur-tiva e apropositadamente me referi: — producto da assimilação e desassimilação psycho-juridica da sociedade.

Como se opera, porém, esse processo abs-

truso de renovação interior e profunda? Tem cabida a pergunta, tanto mais embaraçosa e rude quanto ficou sem resposta, adulterada, em quasi todas as outras disciplinas : aos physiologistas, por exemplo, — sabios que ha mais de um seculo procuram pelo microscopio os vestígios inestimaveis da evolução cellular —, não é difficil escutar-lhes, de quando em vez: « é um trabalho interior, silencioso, sem expressão phenomenal evidente »(1).

A confissão presuppõe a melhor defesa para as sciencias novas, como a psychologia jurídica. O certo é que, existindo o equilíbrio de renovação, ha a vida, e sendo, ao revez, dominada a synthese assimiladora (Hering), surge o depauperamento ou a morte, — o phenomeno capital que pontúa de vez a evolução dos seres. E assim no direito.

Alludi anteriormente, quando busquei ao phenomeno mental do esquecimento a base scientifica do facto jurídico da prescripção, a influencia das crenças e convicções dos povos, ainda que não expressa e graphada emseus codigos e bíblias, na constituição, no mundo complexo das acções humanas,

(1) Dr MARINESCO. *La cellule nerveuse. 1909*. II, p. 481.

dentro do que podemos ferretear — o espaço social, que tem para os corpos sociaes (di-reitos, por exemplo) o valor hypothetico do espaço physico. De facto : os pensamentos actuam sobremodo nas acções dos povos, forjando habito» e dizeres conforme as ope-rações interiores da mente, encastoando a bel prazer de suas ideas os adagios e os proverbios corriqueiros, imprimindo-lhes o cunho de nascença...

Referimos acima as duas leis basilares da psychologia jurídica, em que se fundam effectivamente todas as perquirições desta essencia. Analysamos, de certo modo, as ideas e as observações que se nos apresentaram, sem nos aproximar definitivamente do magno problema da morte, que, assim em biologia, como em psychologia, é o mais claro e ao mesmo tempo o mais confuso phenomeno da evolução da vida. Entretanto, estribado nas ideas anteriores, manadas de ensinamentos bons e theorias sanissimas de biologia, podemos adiantar algumas leis empíricas a respeito da morte dos organismos jurídicos.

III. *A' desapparição subita ou demorada de uma relação jurídica corresponde a trans-*

formação ou a morte de um direito. A transformação, dissemos bem, porque o domínio, desmembrando-se em direitos varios, não motiva um pbenomeno de morte, transfor-ma-se, e ao revez de pontuar a evolução de um organismo, desparze ao derredor direitos differentes como a hypotheca, a emphyteuse, o penhor e outros mais, que são outros tantos organismos capazes de parasitariamente destruir o direito principal e genitor. Não quer isso dizer, porém, que os direitos morram pela simples razão fatalista da necessidade da morte, nem que o tempo, — simples involucro subjectivo dos aconteci-mentos, — os destrua pouco e pouco ou os oblitere a subitas. Cessando a relação juri-dica que anima um organismo de direito, pelo deshabito do possuidor, a sociedade chega a substituil-o, dando-lhe finalmente a morte, que é a consequencia directa de um accordo convencional, entre os indivíduos e a sociedade, de garantir a posse e proteger a necessidade de cada um. Ha, além disto, molestias entre os direitos, provenientes do predomínio de influencias exteriores que os desintegram lentamente, que os deterioram ou tentam anniquilar. A acção é o remedio, que se torna impotente quando a violencia,

o erro, o vicio, escapos ao diagnostico, ou tolerados pela sociedade, que é o meio e o espaço social, se apoderam do organismo, infundindo-lhe o deleixo, esmangando-o sob o poder immensuravel de influencias delec-terias.

Assim, tanto em biologia quanto em di-reito, a morte natural é uma hypothese...

O direito é, em verdade, um producto social de assimilação e desassimilação psy-chica...

Rio, *Janeiro-Março, 1911.*

ÍNDICE

Prologo.....5

Idéas propedeuticas : Concepção de nm ensaio psycho-juridieo. I. — A unidade da scicncia. II. — A sociologia, a psychologia e o direito : classificação scientifica doa factos psychico-juridicos. III. - Fundamento novo do Direito. 7

II

A' margem do Direito. Sciencias do Direito : anatomia, physiologia e psychologia juridicas. I. — A psychologia juridica e os factos psycho-juridicos. II. — O facto intencional : direitos pessoaes e direitos reaes. Vontade unilateral. Formula da adaptação. III. — A lei : leis falsas e leis verdadeiras..... 51

III

Formação da Regra juridica. A fonte juridica: uma lei de psychologia social. I. — Methodo.

As tendencias politicas : unia lei de evolução dos povos' II. — As variações da lei. Moral do eu personalíssimo e moral do eu apparente. Goethe e Nietzsche. Elementos jurídicos. III. — Lei psychologica na formação da regra jurídica 105

VI

Formação dos Organismos jurídicos. Preliminares. Theoria psychophysica da formação dos organismos juridicos. I. — Vida jurídica : analogias. Direito e acção. CL — Personali-, dade. Leis e methodos. Concepção da personalidade. Qual a natureza da personalidade jurídica? Creação psycho-juridica. Alterações e vicios da personalidade. Creação socio-juridica : as sociedades civis e ,commerciaes. O Estado. III. — Elemento physiologico na formação do Direito : Eleutheropulos e Tönnies, Ihering e Grumplowicz. IV. — Theoria psycho-physica. Leis psychologicas' na formação do Direito. — V. Conclusão 155